2.

DE

REIVINDICATIONE UTILI.

DISSERTATIO INAUGURALIS

QUAM

CONSENSU ET AUCTORITATE

ILLUSTRIS JURECONSULTORUM ORDINIS

IN

ALMA UNIVERSITATE LITERARIA

FRIDERICA GUILELMA

PRO

SUMMIS IN UTROQUE JURE HONORIBUS

RITE CAPESSENDIS

DIE XX. M. MARTII A. MDCCCLX.

H. L. Q. S.

PUBLICE DEFENDET

AUCTOR

JOANNES FASTENRATH

RHENANUS.

OPPONENTIBUS:

S. L. JACOBI, JUR. UTR. DR., PRIV. DOC.
R. BARTELS, JUR. STUD.
R. SCHROEDER, JUR. STUD.

BEROLINI

TYPIS EXPRESSIT GUSTAVUS SCHADE.

PARENTIBUS DILECTISSIMIS

D. D. D.

AUCTOR.

Iurisconsulti dicunt, superficiario utilem vindicationem competere ex l. 73 § 1, l. 74, l. 75 D. de reiv. (6, 1), eandemque actionem datam esse emphyteutae ex l. 1 § 1, l. 3 D. si ager vect. (6, 3).

Actionem illam appellari posse utilem vindicationem non negamus, quum ad analogiam vindicationis, quae domino competit, concepta sit; sed alia etiam est utilis vindicatio, cum qua illa non est confundenda. Illa enim vindicatio competit ei, qui licet non habeat ius dominii, attamen habet ius in re, idque tam late patens, ut inde a glossatorum tempore ius superficiarii et emphyteutae sciamus confundi solitum cum iure dominii et appellari dominium utile. Nos autem tractaturi sumus de ea reivindicatione utili, quae descendit nec ex iure dominii, ne quidem ex iure in re aliena, sed ex mera obligatione personali.

Cuius obligationis tamen non utique eadem natura, sed variae rationes. Casus sunt, in quibus vindicatio utilis concurrit cum actionibus mandati vel negotiorum gestorum, ita ut consulatur ei, cuius negotia gesta sunt; — alii, in quibus datur priori domino, qui impedimento quodam interveniente non potest contendere rem suam esse, ut ei ple-

nissime satisfiat, nec lucrum sibi quaerat reus ex re aliena; — alii denique sunt casus, in quibus iure civili condictio tantum locum habet, aequitate autem suadente actionem arbitrariam ad ipsam rem persequendam creditori concessam invenimus.

Ut igitur in huius actionis indolem inquiramus, in caussa fuit primum, quod diversissimas de singulis casibus sententias prolatas reperimus, deinde quod iuvat, iurisconsultos Romanos in tanta obligationum diversitate eandem actionis formulam adhibuisse, quoties aequum videbatur, creditorem non dimitti certo pretio exsoluto, sed eam actionem exercere posse, qua ipsam rem consequeretur. Confitemur quidem, in hac quaestione multum nobis profuisse tractatum Iheringii, qui exstat in libro qui inscribitur »Jahrbücher für Dogmatik«[1]).

Tamen non supervacuum videbatur, eandem quaestionem tractare, primum ut veterum iurisconsultorum sententias in medium proferamus, quas Iheringius vix attigit, deinde ut Iheringii sententiam, quatenus ea nobis probatur, defendamus, eorum qui contra sentiunt argumenta refellamus[2]), denique ut ostendamus, quibusnam rationibus permoti in quibusdam casibus ipsi quoque ab Iheringio dissentiamus.

---

1) Ihering »Jahrbücher für Dogmatik« tom. I. pag. 120—176.

2) Arndtsius quidem dicit (Lehrbuch der Pandecten § 145 not. 3 pag. 215 III. ed.): »Ihering macht aus der reiv. utilis — — ein eigenthümliches Zwitterding von persönlicher und dinglicher Klage, eine verstärkte oder gesteigerte persönliche Klage gegen den Eigenthümer auf Uebertragung des Eigenthums. Aber diese neue Theorie der utilis reiv. scheint mir weder quellenmäfsig begründet, noch an sich beifallswürdig.«

§ 1.

Reivindicatio utilis actio, ut ita dicam, extraordinaria est, cuius diversae species, quae in fontibus inveniuntur, in tres quasi familias distingui possunt.

Prima quidem duos casus continet: reivindicationem militis et reiv. pupilli. Iam ad singulos casus transeamus.

De reiv. utili militi data agit l. 8 C. de reiv. (3, 32): »Si, ut proponis, pars adversa *pecunia sua* quaedam *nomine suo* comparavit, Praeses provinciae utilem vindicationem *obtentu militiae* tibi eo nomine impertiri desideranti *partes aequitatis* non negabit. Idem *mandati* quoque seu *negotiorum gestorum actionem* inferenti tibi iurisdictionem praestabit«[3]).

Quae sententia ne refelli quidem potest, quoniam Arndtsio supervacuum videbatur, argumenta eius proponere. Immo actiones sunt, quae non mere personales, neque mere in rem actiones sunt et vocantur in rem scriptae. (l. 9 § 8 D. quod metus c. (4, 2); l. 3 § 3, 15 D. ad exhib. (10, 4); l. 6 § 5, l. 12 D. de aqua pluv. (39, 3); l. 5 § 13, l. 7 pr. § 1 D. quod vi (43, 24); l. 1 § 13 D. quod legat. (43, 3); § 5 I. de noxal. act. (4, 8). Vide Arndts. l. c. § 97). Nostra autem reiv. utilis minime, ut Arndtsio videtur, mixtam naturam habet, sed nomen quidem habet reivindicationis, est autem actio mere personalis.

[3]) Errant qui huc pertinere putent l. 2 C. de donat. int. vir. et u. (5, 16): »Si ancillam nummis tuis comparatam esse praesidi Provinciae probaveris donationisque caussa focariae tuae nomine instrumentum emtionis esse conscriptum, eam tibi restitui iubebit. Nam licet cessante iure matrimonii donatio perfici potuerit, milites tamen meos a focariis suis hac ratione fictisque adulationibus spoliari nolo.« Sed hic non dicitur focaria contraxisse, sed supponitur potius miles ipse contraxisse, ita ut instrumentum tantum emtionis focariae nomine conscribi curaret. Donatio autem in odium focariae rescinditur ad exemplum donationis

Duo veterum iurisconsultorum errores primum commemorandi sunt. Glueckius[4]) quidem contra aperta legis verba (»pecunia tua«) contendit, hic de castrensi tantum pecunia agi. Neque magis illa vind. utilis in subsidium tantum data erat, ut idem Glueckius[5]) censet, opinans tale privilegium tum demum locum habere, quum is qui militis pecunia res comparaverit, non solvendo sit. Ex nostra autem lege apparet, militi electionem datam esse, utrum actionem mandati sive negotiorum gestorum an utilem vind. adhibere vellet, ut Vangerowius[6]) quoque recte concedit.

Est igitur reiv. ut., quae ex l. n. militi indulgetur, extraordinaria et quodammodo irregularis. A quanam autem iuris regula discrepet, videamus. Nempe ab ea, qua acquirimus per procuratorem ita ut sibi dominium quaerat, sit autem nobis obligatus ex caussa mandati vel negotiorum gestorum; si vero nostro nomine emat, ad nos recta via dominium transferatur[7]). Pertinet lex nostra ad primum casum, quoniam adversarius militis *nomine suo* emerat, ideoque in fine legis militi mandati quidem actio conceditur, nulla privilegii mentione facta, contra autem in initio legis Imperator indulget reivind. utilem »obtentu duntaxat militiae«

inter virum et uxorem, licet talis re vera non sit. V. Ihering l. c. pag. 149 sqq.

4) Glück Commentar tom. VIII pag. 164. Item Thibaut Pand. tom. II § 707 pag. 231. ed. VIII.

5) Glueck l. c. pag. 165.

6) Vangerow Pandect. tom. I § 332 not. III pag. 737 ed. VI.

7) Vide l. 59 D. de acq. rer. dom. (41, 1); l. 13 § 2 D. de usucap. (41, 3); l. 135 § 2 D. de verb. obl. (45, 1); l. 2 C. de his qui a non dom. (7, 10) — l. 13, l. 20 § 2 D. de acq. rer. dom. (41, 1); l. 1 § 20 D. de acq. poss. (41, 2).

et ex caussa »aequitatis«. Quibus argumentis usus Iheringius[8]) merito contendit, quod hoc casu adversarius militis emerat negotia eius gerens vel etiam praecedente mandato; ita demum ut, si nomine militis emisset, non suo, statim dominium ad illum transtulisset. Favor igitur militiae in eo est, quod militi datur actio utilis ad rem ipsam persequendam eo casu, ubi adversarius iure communi duntaxat ex caussa mandati[9]) obligatus erat ad solvendum quanti ea res erat. Quod autem alii iurisconsulti reiv. utilem omni modo concedi putant, si quis sine mandato et omnino non contemplatione militis pecunia eius suo nomine comparaverit, ratio probabilis reddi non potest: inprimis quum in hac lege, ut modo diximus, favor versetur militiae et privilegia non sint extendenda, hoc autem privilegium pertineat ad eum casum, quo actio mandati vel negotiorum gestorum communi iure competit[10]). Alioquin etiam maius

[8]) Ihering l. c. pag. 146 sqq.

[9]) Ihering l. c. pag. 149: »Hätte der Impetrat, statt als Ersatzmann, als Stellvertreter den Contract abgeschlossen, so hätte der Soldat das Eigenthum und mithin die reiv. directa gehabt und diese Unterlassung seines Geschäftsführers schien es billig, durch Ertheilung der reiv. utilis unschädlich zu machen.«

[10]) Ihering l. c. pag. 147: »Ganz abgesehen von der juristischen Abnormität einer actio mandati ohne Mandat, ich frage: welche Entscheidungsnormen waren mit einer so seltsamen Klage an die Hand gegeben? Und sodann, wozu war sie nöthig? Sollte sie auf Restitution des Geldes oder Tradition der gekauften Sache gehen? Im ersten Fall hätte sich der Zweck viel einfacher durch andere persönliche Klagen erreichen lassen. Entweder nämlich hatte der Impetrat das Geld auf Grund irgend eines obligatorischen Verhältnisses in Händen, z. B. als Depositum, dann bedurfte es keiner besonderen Klage, und am wenigsten wäre die Mandatsklage angemessen gewesen. Oder er hatte es gestohlen oder bona

esset privilegium militis quam pupilli, quum pupillo contra tutorem tantum, qui munere suo ad rem pupillarem administrandam adstringitur, (inprimis praedia emenda,) competat reiv. utilis[11]).

Quidquid autem statuamus, amplius quaeri potest, utrum reiv. utilis militi detur, quasi ipso iure dominus effectus sit, ut plerique scriptores[12]) contendere non dubitant, ideoque eadem etiam contra tertium experiri possit, an vero quidem sit composita ad similitudinem vindicationis, sed descendat ex obligatione, (nempe ex negotio gesto vel ex mandato) ideoque sit actio in personam. Dicemus igitur primum: dominia rerum traditionibus acquiri, itaque hoc casu militem non magis ipso iure dominum videri posse quam quemcunque alium emtorem rei nondum traditae[13]). Deinde

fide für das seinige gehalten; dann reichte die condictio furtiva und sine caussa aus. Im zweiten Fall aber gewährte bereits die reiv. utilis ein ungleich wirksameres Hülfsmittel.«

[11]) Vide § 2.

[12]) Glueckius (Comment. VIII pag. 159) notat, illo casu facile probari posse ius dominii, quo dominus tantum necesse habeat ostendere, rem sua pecunia emtam. — Puchta (Pand. § 149 pag. 225 ed. VIII) et Arndtsius (Pand. § 145 not. 3) simpliciter dicunt, hoc casu dominium militi acquiri, traditione facta ad alium, qui non militi acquirere velit, sed ipsi. — Vangerowius (Pand. I § 332) regula proposita, qua vindicatio nonnisi contra possessorem rei quae actoris est competit, excipit nostrum casum, ut quo vindicantur res, quae actoris quidem pecunia comparatae sunt, sed nondum fuerant in eius dominio. — Alii minus accurate de hac re loquuntur, veluti Goeschenius (Vorlesungen II § 234): »er kann die Sache, wenn er will, als die seinige betrachten.« Sintenis (Civilrecht § 52 not. 7): »das Eigenthum wird durch den nunmehrigen Entschlufs erworben.« Sellius (Dingliche Rechte § 90): es ist dem Berechteten gestattet sich als Eigenthümer zu geriren.«

[13]) Ihering l. c. pag. 159.

intelligi non posse, cur vindicatio, si in hac specie vero domino competat, vocetur utilis.

Denique hoc statuendum est, quod ex verbis ipsis rescripti caussa hic agebatur inter militem et eum qui negotia eius gerens rem emerat: ideoque probari non posse sententiam eorum, qui ultra casum huius rescripti reivindicationem utilem extendere volunt[14]). Quatenus autem eo argumento utuntur, quod in peculio res succedit in locum pretii, opponi potest primum, quod nihil indicat, Imperatorem ad filium familias rescripsisse, deinde quod ne ipsa quidem regula illa iuris probari potest, rem scilicet in universitatibus iuris in locum pretii succedere[15]).

[14]) V. Ihering l. c. pag. 146. Puchta Pand. § 149 nr. n.

[15]) Regula illa: »in iuris universitatibus res succedit in locum pretii et pretium in locum rei« adeo coërcenda est, ut minima duntaxat ex ea particula supersit. Dicendum quidem est, per Sc. Inventianum (l. 20 § 6 sqq., l. 22, l. 25 D. de hered. pet. (5, 3) heredi licere, pretium rei ex hereditate alienatae petere. Aeque licet heredi, rem ex hereditaria pecunia emtam petere, si pretium exsolverit; nullo autem modo dicitur, heredem cogi posse ad rem in locum pretii accipiendam. Dicemus igitur, regulam illam ne in hereditate quidem in omnibus veram esse; eadem autem ad peculium castrense referri omnino non potest. Lex enim 20 § 10 D. de hered. pet. (5, 3) ita: »Non solum autem in hereditate hoc utimur Sc., sed et in peculio castrensi, vel alia universitate.« Senatusconsultum autem, quod adversarii huc pertinere volunt, nonnisi ad universalem in rem actionem pertinet; aliae tamen universales actiones non sunt quam hereditutis petitio et si quae aliae sunt per universitatem successiones. Si igitur peculium venditur, legatur, vel servo manumisso non adimitur, non data est universalis in rem actio, sed actiones ex peculio mandentur necesse est. l. 53 D. de pecul. (15, 1), l. 5, l. 6 pr. D. de pec. leg. (33, 8). Itaque Iulianus in l. 56 D. de reiv. (6, 1) dicit: »vindicatio non ut gregis, ita et peculii recepta est, sed res singulas is,

§ 2.

Casus *secundus*, qui priori simillimus est eandemque privilegii naturam habet, continetur in l. 2 D. quando ex factó (26, 9):

»Si tutor vel curator pecunia eius, cuius negotia administrat, mutua data ipse *stipulatus fuerit* vel *praedia*

---

cui legatum peculium est, petet.« Nihil igitur aliud l. 20 c. ostendit, nisi controversiam inter iurisconsultos Romanos fuisse, utrum peculium ex eo, quod per testamentum relinquitur, pro hereditate sit habendum. Consentit quidem Paulus in l. 34 D. de hered. pet.: »filiifamilias militis puto peti posse hereditatem *ex testamento* nobis obvenientem.« Item lege nostra Ulpianus dicit: »utimur Sc. et in peculio castrensi.« Id autem nequaquam significat, peculium qua peculium peti posse actione in rem universali, sed hoc de eo casu accipiendum esse, quo *iure hereditario* peculium castrense filiifamilias pater ab eo heres institutus vindicat, vel extraneus, idque Basilicis ad leg. 20 § 10 D. de hered. pet. T. V. pag. 611 schola V confirmatur. Si contra pater non hereditario iure, sed iure peculii, filiifamilias quod alius possidet peculium vindicare velit, singulas res peculiares speciali in rem actione vindicet necesse est, nec enim possumus universitatem peculii generali in rem actione amplecti.

Denique quod Ulpianus adjicit: »vel alia universitate,« solum referendum est ad successiones per universitatem, ad similitudinem hereditatis petitionis institutas, quibus »actor ficto se herede agit.« arg. Instit. Gaii IV § 34 et 35.

Tota denique regula, quod res succedat in locum pretii et vice versa, quam in hereditate solum aliqua ex parte rectam demonstravimus, nata est ex distinctione illa inter universitates iuris et hominis, quum illud iuris universitatum singulare esse diceretur. Quid autem, ista regula adeo circumscripta, distinguendum est inter universitates iuris et facti s. hominis, praesertim quum talium errorum ista distinctio caussa fuerit? Vide Muehlenbruch Civilist. Archiv tom. XVII pag. 321—379.

in nomen suum emerit, utilis actio ei, cuius pecunia fuit, datur *ad rem vindicandam,* vel mutuam pecuniam exigendam.«

Hic primum veterum iurisconsultorum[16]) sententia, pupillis minoribusque duntaxat reiv. utilem competere, reprobanda est, quum lex nostra indistincte loquatur de tutoribus et curatoribus[17]). Attendendum autem, quod in hac lege de stipulatione vel de praedio emto quaeritur; ut enim eleganter Rudorffus[18]) demonstrat: si tutori, pupillaria negotia administranti, quidquam mancipatur, seu in iure ceditur, omnimodo ipsi directa acquiritur vindicatio. Mancipatio enim »pupillo meo emtus esto hoc aere aeneaque libra« non magis cogitari poterat, quam in iure cessio, ut quis ita vindicasset: »aio hunc fundum pupilli mei esse ex iure Quiritium.« (Vatic. fragm. § 50) Diversum est in traditione, quoniam per liberam personam domino quoque ignoranti possessio acquiritur ex Severi constitutione §. 5 I. per quas pers. (2, 9). Quum igitur possessione a domino ex iusta caussa translata, rerum nec mancipi dominium quiritarium acquiratur, tutor ipse, tamquam negotiorum gestor agens, pupillo acquirere potest directam vind. Si vero tutor in nomen suum emit, ipse habet dominium directamque vind., etsi rem pecunia pupilli comparaverit. Hoc autem casu pupillo[19]) »electio data est utrum malit in emtione sibi gestum esse negotium a curatore an potius

16) Thibaut Pand. § 707. — Glueck Comment. VIII pag. 159. — Goeschen Vorlesung § 234.

17) Vide Vangerow Pand. § 332.

18) Rudorff Lehre v. d. Vormundsch. tom. II pag. 324 sqq.

19) Continuatum Faber Iurisprudent. Papinian. tit. 12 princ. 6 ill. 33.

pecuniam in curatoris usus conversam ab eo cum legitimis usuris recipere.« Idem quod Rudorffus recte de praediis acquirendis dicit, cum Iheringio[20]) tunc dicendum est, quum tutor stipulatus erit: actionem scilicet directam ex stipulatu pupillo concedi non potuisse, quod is tantum, qui stipulatus est, creditor fit nec aliter quam suo nomine stipulari potest[21]). Proposuit igitur Ulpianus eos casus, in quibus ne liberum quidem erat tutori ita contrahere, ut pupillus statim ipse creditor vel dominus efficeretur. Multi tamen scriptores contendunt, dominium ad pupillum transferri; nec aperte dicunt, utrum statim an finita demum tutela a pupillo id acquiri putent. Dominium transfertur vel revocatur aut *ex tunc* aut ex nunc, qui tamen secundus casus raro evenit, adeo ut in hac specie quoque tum demum dominium finita tutela transferri statuendum erit, si id luculentissime ex legibus appareat. Sed nihil apparet, et tamen aeque certum est, dominium non revocari ex tunc, arg. legis 6 C. de serv. pign. (7, 8):

»Si tutor tuus de pecunia tua servos emtos manumisit, quoniam huiusmodi servi, sicut ceterae res pupillaribus pecuniis emtae, iure pignoris ex constitutione divorum parentum meorum obligati sunt, favore pupillorum liberi facti non sunt[22]).«

---

20) Ihering l. c. pag. 152.

21) L. 11 D. de oblig. et act. (44, 7); § 4 I. de inut. stip. (3, 19); § 19 I. ibid.; Gaius III 103; l. 73 § 4 D. de div. reg. iur. ant. (50, 17); l. 38 § 17, l. 126 § 2 D. de verb. oblig. (45, 1); l. 1 C. per quas pers. (4, 27); l. 6 C. si quis alt. (4, 50); l. 3 C. de cont. et comm. stip. (8, 38). V. Unterholzner Schuldverhältnisse tom. I § 94 not. *b* pag. 188.

22) Merito Iheringius admonet l. c. pag. 166, in l. 6 C. dici, quo-

Itaque consequenter dicemus, durante tutela tutori liberum esse rem distrahere — quod ei sine decreto non liceret in plerisque rebus revera ad pupillum pertinentibus ex l. 22 C. de admon. tut. (5, 37) — itaque efficere, ut pupilli ius rursus evanescat et ne finita quidem tutela exerceri possit. Denique hic omnino dominium lege non transfertur ad pupillum, ne finita quidem tutela, sed restitutio est in obligatione, ideoque vindicatione alienam pupillus rem persequitur. Itaque iam Ant. Faber[23]) non immerito ait: Posse quidem emtionis tempore imputari tutori vel curatori quod pecuniam in suos usus converterit; si vero eam rem alii vendiderit ementi *bona fide*, non facile se putare permittendum pupillo vel minori ut vindicare rem possit, nec ut quam electionem esset habiturus contra tutorem vel curatorem possidentem eandem exerceat contra bonae fidei emtorem; »cui — inquit — nihil potest imputari, et quem negari non potest a vero domino emisse — quando quidem, si tutor vel curator, qui sibi emit, non esset factus verus dominus, danda esset pupillo vel minori directa reivindicatio, quam tamen apertissime Ulpianus denegat, quum utilem tantum concedit[24]).« Cum his

minus servi pupillaribus pecuniis emti liberi efficiantur, obstare ius pignoris quod pupillus habet in rebus pecunia sua emtis, non vero ius dominii. Contendit quidem Windscheidius (Die actio § 22 p. 218) l. c. non ad finitam tutelam referendam esse, sed nihil affert.

[23]) Faber Iurisprudent. Papinian. ibid.

[24]) Nimirum eo, quod tutor ex lege 5 pr. D. de adm. tut. (26, 7) obligatus est, pupillares pecunias ad agros comparandos convertere, non potest effici, ut dominium transeat ad pupillum, ut Glueckius (Comment. VIII pag. 163) existimat, nec magis probari potest, quod ipse opponentibus cur pupillus, si dominus sit, utilem tantum habeat vind., respon-

quae Faber exposuit consentire non dubitamus, hoc scilicet observandum, quod postquam semel statuimus, tutorem ipsum dominum earum rerum esse, quas pecunia pupillari comparavit, non potest intelligi, qui tales res *mala* fide emerit a tutore tamquam domino, ideoque quod ille de b. f. emtore dixit, necessario ad omnes emtores extendendum. Consentit quidem de Loehrius[25]), quatenus dicit: contra rationem iuris ex lege 2 D. quando ex facto (26, 9) a plerisque pupillum dominum intelligi. Alia tamen ratione utitur, scilicet quod pupillus vindicationem utilem habeat, non quasi dominus, sed quasi *creditor ex hypotheca taçita*[26]), quam pupillus habet in bonis tutoris ex l. 7 pr. D. qui pot. in pig. (20, 4), l. 3 pr. D. de reb. eor. (27, 9), l. 6 C. de servo pig. (7, 8). Loehrii autem sententia facile refelli potest, non quidem Vangerowii argumento, altero legis nostrae casu actionem nasci ex obligatione, scilicet ex stipulatione, altero scilicet si praedium ematur, ex dominio[27]), sed simpliciter eo quod hypotheca tacita in fontibus nonnisi *pupillis* datur in bonis tutoris,

---

det: reiv. directam ei tantum competere, qui dominium acquisiverit ex iure naturali, seu veteriore iure civili, deinde tutorem pupillo nonnisi actiones utiles quaerere potuisse.

25) v. Loehr Magazin tom. IV pag. 140 sqq.

26) Sequitur hac in re Westphalum, qui (Pfandrecht § 100 not. 120) utilem illam actionem nonnisi actionem hypothecariam dicit, quia pupillis rerum emtarum hypotheca tacita competat, quae cum iure separandi coniuncta sit, si tutor non solvendo sit.

27) Quo pacto Vangerowius contendat l. c. p. 737, reiv. utilem quo praedium emtum restituatur nasci ex dominio, intelligi non potest, quoniam idem pag. 738 confitetur, pupillum verum dominum non esse. Cf. tamen Windscheid actio § 22 pag. 218.

at secundum legem nostram eadem plane caussa est eorum qui curatorem habent quam pupillorum[28])[29]). Plerique contra sentiunt, pupillo electionem esse inter vind. et actionem hypothecariam, ita tamen ut dominium nunquam cum pignore concurrat[30]). Gesterdingius[31]) quidem rationem minus aptam affert: »quod ius maius, scilicet dominium, vincat ius pignoris.« Quodsi verum esset, consequenter contra legum tenorem diceremus, iure hypothecae sublato electionem nullam remanere. Deinde autem non praetermittendum, quod leges electionem illam nusquam praescribunt. Accedit denique quod, ut merito Iheringius[32]) admonet, electio illa nocere poterat pupillo; si quidem ius hypothecae necessarium est ad summovendum posteriorem creditorem: ideoque nullo modo concedendum est, pupillum, postquam per vindic. rem a tutore recepit, ius hypothecae amisisse — contra si actione hypothecaria usus est, inter-

[28]) V. Fabrum l. c.: »Fateor non idem privilegium minori datum esse, ut ex eius nummis emta res sit ei obligata. Nam de pupillo duntaxat supradicti loci (l. 7 pr. D. [20, 4], l. 3 pr. D. [27, 9]) loquuntur. Sed tamen si curatur minoris ille fit, qui ex eiusdem minoris pecunia quid emisse proponatur, dico non minus iuris habere minorem quam pupillum.«

[29]) Confitetur igitur de Loehrius, leges nonnisi de tacita hypotheca pupillorum loqui; miratur autem, quod ii, qui minoribus pignus quoque tribuunt, non huius legis 2 D. quando ex facto argumento utantur. Plane quia in hac lege non de pignore, sed de reivind. agitur; quod autem minoribus non minus quam pupillis ius pignoris tribui volunt, hoc in caussa fuisse coniicimus, quod minorum iure communi eadem fere conditio est quae pupillorum.

[30]) V. Vangerow l. c. pag. 738 et § 392 pag. 1028 in fine.

[31]) Gesterding Pfandrecht § 20 pag. 139 ed. II.

[32]) Ihering l. c. pag. 156.

esse potest pupilli, ut rem quasi suam retineat, veluti si res parvi emta est aut ex tempore emtionis pretium auctum.

Quibus rationibus nos quoque in eam sententiam adducimur ut putemus, non minus in hac specie ius pignoris concurrere cum iure vindicandi, quam si quis rem pignori obligatam emerit, ut de pretio prior creditor dimittatur[33]), vel si fideiussor conventus officio iudiciis assecutus sit, ut emtionis titulo praedium creditori pignori datum susciperet[34]). Non magis autem, quam illud eligendi ius, ex fontibus id probari potest, pupillum tum demum audiendum esse, quum probaverit, tutorem suum vel curatorem *solvendo non esse*, nec aliter se indemnem praestari posse quam si reivind. habeat utilem[35]). Hoc fortasse concedendum, quod maxima utilitas vindicationis est in concursu creditorum, quatenus hic separandi ius tribuit, inprimis iure communi, quo creditoribus non permittitur, res sibi obligatas a massa communi separare et proprio iure distrahere[36]).

§ 3.

Secundum reivindicationis utilis *genus* duos casus complectitur: reiv. domini tabulae ab alio pictae atque

33) L. 17 D. qui pot. (20, 4) — l. 3 C. de his qui in prior. (8, 19).

34) L. 2 D. de distr. pign. (20, 5) — l. 5 § 1, l. 6 eod. Nostro quidem casu (l. 2 D. quando ex facto) pignus concurrit cum vindicatione, non cum dominio — dum in legibus citatis sub nota 33 et 34 is qui verus dominus est, ideoque non potest hypothecam in re sua habere, tamen quodammodo, id est respectu aliorum creditorum, ipse quoque creditor sub pignore utilitatis caussa intelligitur.

35) Faber l. c.

36) Cf. § 11.

reiv. aboris quae in alienum agrum translata coaluit. Qui casus non sequuntur generalem regulam, qua contra bonae fidei possessorem, qui rem restituere nequit, domino actio duntaxat in *factum* datur ex l. 23 § 5 D. de reiv. (6, 1). Nempe hic aeque res principalis alteram per praevalentiam trahit, itaque dominium accessionis modo acquiritur, et illa reivind. utilis manifeste datur contra verum dominum. Ideoque nec mirandum est, quod alii scriptores hos vindicationis utilis casus a ceteris separent, ut in quibus omnes fere *vindicantem* intelligunt dominum.

Dicamus primum de arbore. In qua specie Alfenus[37]) adhuc vindicationem generaliter denegat:

»Nec arbor, inquit, potest vindicari a te, quae translata in agrum meum cum terra mea coaluit.«

Paulus[38]) quidem similiter:

»Arbor radicibus eruta et in alio posita, priusquam coaluerit, prioris domini est. Ubi coaluit, agro cedit. *Et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur.* Nam credibile est, alio terrae alimento aliam factam.«

Denique exstat Ulpiani l. 5 § 3 D. de reiv. (6, 1): »De arbore, quae in alienum agrum translata[39]) coaluit et radices immisit, Varus et Nerva *utilem* in rem actionem dabant; nam si nondum coaluit, mea esse non desinet.«

---

37) L. 9 § 2 in f. D. de damn. inf. (39, 2).

38) L. 26 § 2 D. de acqu. ver. dom. (41, 1).

39) Iam glossatorum tempore dubitabatur, an etiam quando sine facto hominis, veluti aquae impetu, arbor coaluerit in alieno solo, actio utilis danda sit. V. Glossam ad l. 5 *c*.

Ex ipso legis tenore apparet, hic reivindicationem utilem ei concedi, qui iam non potest directo iure intendere rem suam esse, hoc est non domino[40]).

Itaque lex Ulpiani minime refragatur sententiae Pauli, qua arbor, etsi rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur, quoniam reivindic. utili res quidem ipsa persequitur, sed non quasi actoris esset, sed contra ut actori pristinum dominium per traditionem restitueretur, quod alioquin sine traditione nunquam reverteret.

Dubitaverunt quidem veteres, an etiam iure Iustinianeo reiv. utilis illa omnino danda sit. De qua re iam controversia erat inter Martinum et Bulgarum; prior in rem actionem dabat, secundus non dabat[41]).

Itaque glossa Accursiana dicit: »non dandam actionem in rem, sed tantum actionem in factum pro aestimatione ad instar ferruminatorum.« Ratio huius sententiae plane est, quod putant, legem Ulpiani cum illa Pauli, quam supra proposuimus, conciliari non posse, in quo tamen glossatores errare iam demonstravimus. Itaque nihil est cur dubitemus legem 5 cit. etiam ad ius Iustinianeum referre, quum Ulpianus aperte Vari et Nervae sententiam non improbet[42]), idque ex eo concludimus, quod non dicit,

---

40) Satis notum est, quod reivind. utilem non domino competentem sic interpretari solebant glossatores, veluti Martinus, ut directo dominio amisso utile tamen dominium remaneret apud priorem dominum. V. Haenel dissensiones dominorum 1834 p. 519.

41) V. Haenel l. c. p. 17 et 111. — Sic quoque Ioannes Bassianus, Azo et Irnerius hodie actionem in rem non dabant, quia alia arbor esse intelligebatur. V. Haenel l. c. pag. 520.

42) V. Gesterding Eigenthum § 32 pag. 240.

se contra sentire, sed insuper ipse subiicit verba, quae ad interpretationem illius sententiae pertinent, scilicet: »nam si nondum coaluit, mea esse non desinet,« id est »tunc daretur non utilis sed directa[43]).«

Initio diximus, casum nostrum exceptionem esse a regula, qua actio in factum datur contra b. f. possessorem. Habemus autem aliam regulam: in rebus vindicandis dolum pro possessione esse[44]). Quam regulam casus noster sequeretur, si reiv. utilis contra *malae fideipossessorem* duntaxat locum haberet, ut Gesterdingius contendit l. c. Ratio Gesterdingii autem, qui Martini[45]) glossatoris sententiam sequitur, minus placet, quoniam contra eum, qui dolo malo possidere desiit, actio directa locum habet, fictione autem contra bonae fidei possessorem opus est, a quo in regula tum demum vindicari potest, si habet facultatem restituendi. Itaque quum lex nostra sit generalis, inprimis eam ad *bonae fideipossessórem* referendam esse censemus.

Statuimus igitur, vindicationem utilem hic non domino dari, eodem necessario in personam duntaxat, et quidem ita, ut non necesse habeat actor malam fidem eius, quocum agit, probare, id est illum dolo malo desiisse possidere; quodsi probat, etiam directa vind. experiri potest. Probabilis autem ratio, qua casu nostro actio arbitraria nec non iuramentum in litem dabatur, adeo ut reus litis aestimationem praestare cogeretur, facile potest inveniri: quoniam scilicet non potest dici, possessorem non posse restituere,

43) V. Ottonis thesaurum tom. II pag. 984.

44) L. 131 D. de div. regul. iuris ant. (50, 17); l. 36 pr. D. de reiv. (6, 1).

45) V. Haenel l. c. pag. 519.



quum in eo magis sit difficultas quaedam restitutionis quam naturale impedimentum, quum posset arbor erui, itaque liberari possessor a periculo litis aestimationis praestandae.

§ 4.

Iam ad reivindicationem *tabulae* transeamus, de qua Gaius in Instit. II § 78:

»(sed) si in tabula mea aliquis pinxerit velut imaginem, contra probatur: magis enim dicitur tabulam picturae cedere; cuius diversitatis vix idonea ratio redditur: certe secundum hanc regulam si me possidente petas *maginem tuam esse,* nec solvas pretium, poteris per exceptionem doli mali[46]) summoveri; at *si tu possideas,* consequens est ut *utilis mihi actio adversus te dari debeat;* quo casu nisi solvam *impensam*[47]) picturae, poteris me per exceptionem doli mali repellere, utique si *bona fide possessor*[48]) fueris. Illud palam est, quod sive tu subripuisses tabulam sive alius, competit mihi furti actio[49]).«

Mirabantur iam iurisconsulti. Romani, quod picturae cedat tabula, dum literae cedant chartis. Caussa istius

46) Exceptio doli mali eo pertinet, quod actor plus petit quam ei abest, quod non iure facere videtur, quoniam vindic. quidem rei habet persecutionem, sed non ad lucrum capiendum comparata est. Ad quam exceptionem fundandam reus necesse habet, se dominum tabulae probare, non autem quod actor sciverit, tabulam ad se pertinere (objectiver, nicht subjectiver Dolus).

47) Hoc significat: nisi paratus sim solvere.

48) Cf. § 3.

49) Idem fere dicitur in l. 9 § 2 D. de rer. div. (41, 1) et in § 34 I. de rer. div. (2, 1).

constitutionis nonnisi dignitas quaedam picturae a Paulo atque Iustiniano affertur. Paulus autem ipse professus est id quod Iustinianus reprobavit, scilicet picturam cedere tabulae; dicit enim in l. 23 § 3 D. de reiv. (6, 1): »necesse est, ei rei cedere, quod sine illa esse non potest[50]).«

Quidquid in caussa sit[51]), sive dignitas picturae, sive quod pictor quasi specificator dominum tabulae praecedat, ut Merillius opinabatur[52]), scriptum est, picturae cedere tabulam.

A Gaio in l. c. *vindicationem* utilem intelligi, Iheringius[53]) eleganter demonstrat: »Allerdings wird die Klage hier nur als utilis actio bezeichnet, allein auch ganz abgesehen von dem Zeugnifs des Theophilus, der dieselbe

[50]) Hoc quidem non minus quadrat in Iustiniani sententiam, quoniam tabula picta iam non est tabula, sed pictura appellatur, et non potest tabula existere pictura, nisi picta sit.

[51]) Multae variaeque caussae afferuntur in Ottonis thesauro tom. II pag. 591. Quidam dicebant: »quia tabula potest reduci ad pristinam formam, charta nequaquam«; alii ut Bartolus non ineleganter: »quia tota charta non occupatur sicut tabula«; alii ut Accursius: »quod olim scriptura esset vilioris pretii quam charta.« Denique et Otto ipse: »Dicendum est, qualitatem cedere substantiae; sed ita, nisi qualitas sit multo pretiosior — non enim sufficit, qualitatem esse pretiosiorem; quia pari ratione charta cederit literis aureis: verum necesse est, ut maxima sit pretii differentia, sicut est inter tabulam et egregiam picturam, quales fuerint Apellis et Parrhasii.« Omnibus his coniecturis id tantum addatur, scriptores quos citavimus, verbo »literarum« nonnisi id quos nos »Buchstaben« appellamus, intellexisse videri, dum Gesterdingius carmina, scripta philosophorum, orationes similia intelligat, quum quaerat in libro: »Das Eigenthum«. § 33 pag. 247: Quod Apelli Parrhasio datur, qua de caussa denegatum est Homeri carminibus et Platonis sapientiae?

[52]) Merillius observationes VIII pag. 28. Cf. Gesterding l. c. p. 247.

[53]) Ihering l. c. pag. 139.

als *reivindicatio* utilis bezeichnet, liefs es sich kaum bezweifeln, dafs letztere gemeint sei, da bereits Varus et Nerva in einem ganz ähnlichen Falle dasselbe Mittel zur Anwendung gebracht hatten, so dafs für Gaius nichts näher lag, als diesem Beispiel zu folgen. Die reiv. utilis empfahl sich in diesem Fall nicht blofs dadurch, dafs sie an das bisherige Eigenthum des Herrn der Tafel anknüpfte und auch juristisch — etwa durch die Fiction, als ob die Tafel nicht bemalt worden wäre, — sich leicht formuliren liefs, sondern auch dadurch, dafs sie in der bei ihr stattfindenden exc. doli wegen Ersatzes der Impensen ein ganz bekanntes und bequemes Mittel für die Geltendmachung des Gegenauspruches des Beklagten darbot.«

Atque iam glossatores[54]) sine distinctione dabant utilem reivindicationem domino tabulae parato solvere pretium picturae, asserebantque hunc esse casum, in quo deterioris conditionis sit possessor quam petitor. At Martinus et Iacobus dicebant, dominum tabulae, offerendo pretium picturae, tum demum aufferre posse, si dominus picturae non paratus fuerit solvere pretium tabulae, ne videatur deterior conditio esse eius qui possidet quam petitoris.

Itaque recte contendit Iheringius[55]), Iustinianum, dum tabulam picturae cedere statuat, nihil aliud significare,

---

54) V. Haenel l. c. pag. 36.

55) Ihering l. c. pag. 140: »Wie nun, wenn Jeder von beiden sich zur Abfindung des Anderen bereit erklärt? Wer geht vor? Nach der Darstellung des Gaius müfste im Widerspruch mit allen sonstigen Rechtsgrundsätzen der Kläger vorgehen, während doch, wenn einmal der Zufall der processualischen Lage des Streits hier den Ausschlag geben sollte, der Beklagte vorgehen müfste. Allein auch dieses Auskunftsmittel wäre ein sehr ungenügendes, es müfste vielmehr schlechthin dem Einen oder

quam quod ius pictoris praevaleat, si uterque paratus sit alteri satisfacere. Quod autem Gesterdingius[56]) de pictoris privilegio poëtas consolari studet, dicens, Iustinianum pictoribus, quod altera manu dedit, altera ademisse, quoniam pictoris reivindicatio directa cedere deberet utili, quandoquidem dominus tabulae pictoris sumtus exsolvere paratus sit, — plane perversum videtur, inprimis quod tali ratione Gesterdingius pictori a Iustiniano tantopere honorato ac privilegiato conditionem dat deteriorem, quam dedit malae fidei possessori, quem non putat cogendum, ut arborem agro suo implantatam reddat.

Denique ut certus sit controversiae finis et exitus, hoc statuendum, dominum tabulae repelli posse a pictore, pretium tabulae offerente; pictorem contra, si semel picturam restituit, si deinde ipse vindicare vult, summoveri exceptione rei iudicatae. Reivindicationem nostram actionem in personam esse, hic quoque ex eo intelligimus, quod Gaius l. c. (Inst. II § 78) dicit: »ut si tu *possideas,* consequens est. ut utilis mihi actio adversus te dari debeat,« atque ex eo, quod cum reiv. utili contra pictorem actio *furti* coniuncta est. Denique hoc et superiore casu dominium amissum caussa est obligationis, idcirco hic dominium pristinum est demonstrandum[57]).

Anderen der Vorzug zuerkannt werden. Auf diese Frage bezog sich nun auch ohne Zweifel jener Streit, von dem Justinian in der Institutionenstelle spricht, ob nämlich das Gemälde dem Stoff oder der Stoff dem Gemälde weiche.«

[56]) Gesterding Eigenthum pag. 248.

[57]) Actoris conditio autem melior erit, si reiv. utilis concurrit cum conditione sine caussa, quoniam hoc casu sufficiet ei possessionem pri-

Peculiare est reivindic. utilis in hac specie, ut actor, nisi pretium picturae offerat, summoveatur exceptione doli opposita[58]). Windscheidius[59]) quidem in ambobus quos modo tractavimus casibus sententiam Iheringii eamque nostram sequitur. Addit autem: »Es scheint mir unzweifelhaft, dafs das röm. Recht hierbei blofs durch den Wunsch geleitet worden ist, einen Anspruch, der sich ihm als *billig* darstellte, unter eine der hergebrachten Actionenformeln unterzubringen. Spätere Juristen halfen sich in Fällen dieser Art auf directem Wege durch Annahme einer *actio in factum.*« At nostro iudicio mehercle nihil est, cur hic confugamus ad aequitatis rationem (»Billigkeitsrücksichten«), quum, ut Windscheidius ipse dicit, reiv. utilis eo consilio introducta sit, ut priori domino indemnitas praestetur, deinde autem reivindicatio non vocabulum duntaxat est, sed exceptio a regula, qua actio tantum *in factum* datur quatenus locupletior reus factus est, — hic autem pristinum dominium adeo est efficax, ut reus, nisi solvat, rem ipsam reddere debeat[60]).

---

stinam probasse, non vero tenetur dominium probare. Iheringius amplius dicit, si condictio sine caussa non locum habere posset, eum praecipue reiv. utilis finem esse, ut actio sit. V. Ihering l. c. pag. 138 et 171.

58) Cf. supra notam 46.

59) Windscheid die Actio des röm. Civilrechts § 22 pag. 215: »Die utilis reiv. des bisherigen Eigenthümers der Tafel und des Baumes ergibt sich als ein Anspruch auf Ersatz ihres Werthes; dem aber der Besitzer durch Herausgabe der Sache selbst entgehen kann. Das röm. Recht hat nur den Ausdruck umgekehrt und gesagt: Der Besitzer mufs das Gemälde und den Baum herausgeben, wenn er nicht den Werth desselben ersetzen will.«

60) Cf. supra notam 46.

§ 5.

Tertium postremumque reivindicationis utilis genus quatuor casus continet. Initium faciamus a lege 1 C. de donat. quae sub mod. (8, 55), qua constitutum, ut res repeti possint donatae sub modo ut alimenta praebeantur[61]):

»Si doceas, ut affirmas, nepti tuae ea lege esse donatum a te, ut certa tibi alimenta praeberet, *vindicationem* etiam in hoc casu *utilem*, eo quod legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes, id est actionem qua *dominium pristinum sibi restituatur.* Nam condictio quidem tibi in hoc casu, id est *in personam actio*, iure procedit; verum vindicationem quoque divi principes in hoc casu dandam esse sanxerunt.«

De caussa condictionis, quae hic concurrit cum reivind. utili, iurisconsulti dissentiunt. Quidam eam rationem statuerunt quasi »ob perfidiam donatarii caussa liberalitatis reducatur ad non caussam, quasi ab initio non intercessisset.« Alii magis spectandam censent similitudinem donationis sub modo cum contractibus innominatis[62]); Alii utramque rationem coniungunt[63]). Nos autem non magni momenti existimamus eruere, qua potius ratione moti iurisconsulti hac specie condictionem admiserint, sed hoc tantum hoc loco statuendum erit, donationis caussam

[61]) Retes de donat. 14 nr. 13 et 19.

[62]) Waechter doctrina de cond. c. d. c. n. s. § 13.

[63]) Savigny System des heut. röm. R. tom. IV § 175 I A B et in fine.

individuam esse[64]), ita ut donatio sub modo non hactenus solum ob rem datio sit, quatenus modus donationem minuat, sed tota revocetur modo non impleto.

Quamnam igitur putabimus veram indolem vindicationis utilis concurrentis cum condictione, quam eius naturam? Erxlebenius[65]) primum timide dicit: »Wir finden eine reiv. utilis auf Wiedererlangung der weggebenen Sachen ertheilt, *gleichsam* als wäre in Folge hiervon das Eigenthum derselben unmittelbar an den Schenker zurückgefallen.« Deinde nostrum casum cum duobus, qui sequuntur, casibus coniungit — cum donatione mortis caussa dico et cum donatione inter sponsos futuri matrimonii caussa, — quasi eos Iulianus sub conditione resolutiva factas intelligat[66]), ita ut ex voluntate donatoris donatio cesset, si caussa illius secuta non fuerit; censet igitur Erxlebenius, Ulpianum quoque in mortis caussa donatione *dominium ipso iure revocari* statuisse idemque Iustinianum constituisse in donatione sponsalitia. Quamobrem Erxlebenius ita concludit: »Die Singularität dieser Bestimmung liegt also nicht sowohl darin, dafs hier dem Geber neben der Condiction oder statt derselben eine Vindication des Gegebenen zugestanden wird, als vielmehr darin, dafs die Anwendung

---

64) Erxleben condictiones sine caussa tom. II § 14 pag. 256: »Die röm. Juristen und Kaiser betrachten hier die donatio sub modo, wenn auch als ein aus Schenkung und Verpflichtung, donatio und obligatio *gemischtes*, so doch keinesweges als ein *zusammengesetztes* Geschäft, dessen mechanisch verbundene Bestandtheile sich in praktischer Hinsicht auseinanderhalten liefsen.«

65) Erxleben l. c. pag. 269.

66) L. 1 pr. § 1 D. de donat. (39, 5).

derselben, wie es nach der Fassung des bezüglichen Gesetzes allerdings scheint, *auf den besonderen Fall gerade beschränkt sein soll*[67]), da die bei der Schenkung gemachte Auflage eine Verpflichtung zur Alimentation des Schenkers begründet.«

Windscheidius quidem, qui de iisdem tribus casibus diversas sententias protulit, primum de nostro casu dicit[68]): reivindicatione utili donatori concessa non obstante, donatarium iure distrahere posse. Putatque magis[69]), vind. illa tantum conveniri posse ipsum cui donatum sit vel *tertium qui nullum omnino ius possidendi habeat.* Windscheidius igitur non dicere ausus est, actionem illam exerceri contra possessorem qui id, quod donatum erat, iusto titulo acquisivit a donatario; eandem admittit contra possessorem sine titulo. Cuius distinctionis ratio probabilis reddi non potest, quoniam in reivindicatione non multum interest, utrum possessor titulum habeat necne, sed huic distinctioni tantum locus est in actione Publiciana[70]). Quid

---

[67]) Hoc quidem negatur a Glueckio (Comment. tom. IV pag. 470 not. 21) et Unterholznero (Schuldverh. § 321 in fine) Savinius contra (System tom. IV § 175 pag. 284) hanc vind. non extendendam esse contendit.

[68]) Windscheid die Voraussetzung § 5 nr. 48.

[69]) Windscheid ibid. his verbis utitur: »Hier läfst sich wohl fragen, ob dem Schenker durch die in rem actio etwas Anderes habe gegeben werden sollen, als eine zweite Klage gegen den Empfänger und ein Klagerecht gegen den dritten *unberechtigten* Besitzer? Und ich fühle mich geneigter, diese Frage zu verneinen als sie zu bejahen, so dafs auch in diesen Fällen alle Veräufserungen des Empfängers aufrecht zu erhalten wären.«

[70]) L. 9 §. 4 D. de Publ. in rem act. (6, 2); l. 16, l. 17 eod.

autem Windscheidius in hac re sentiat, nec ex eo dilucide apparet, quod, Iheringii sententia cognita, in libro suo: »die actio des röm. Civilrechts« dixit: »Die Reiv. utilis ist in diesen Fällen als Ausdruck des Uebergangs des vollen Rechts, wie die utilis reiv. des *bonitarischen Eigenthümers* zu fassen[71]).« Videamus ne hic Windscheidius, rursus duo genera dominii introducens, »animos iuvenum perterreat qui ad primam legum veniunt audientiam[72])!« Loquitur enim de dominio translato et tamen actionem denegat contra possessores qui titulum habent. Quid igitur est?

Videmus igitur, scriptores satis obscuros esse in hac quaestione: num actio contra tertium adhibenda sit. Nos autem subsistimus in eo, quod hic reiv. utilis eidem competit cui et condictio, ideoque non domino; quoniam satis notum est, sola caussa furtiva excepta numquam eum condicere, qui adhuc dominus est[73]). Si igitur vindicat is

---

71) Utinam Windscheidius nobis ignoscat, quod apertius et clarius in medium protulimus, quod ipse quidem prolixa oratione paullo obscurius reddit l. c. pag. 216 sqq.: »Ich mufs nun aber gestehen, dafs Iherings Ausführungen nicht vermocht haben, mir eine sichere Ueberzeugung davon zu geben, dafs auch in all den genannten Fällen die utilis reivindicatio — — — nicht als Ausdruck des Untergangs des vollen Rechts, wie die utilis reiv. des bonitarischen Eigenthümers, zu fassen sei.«

72) Iustinianus in l. unica C. de nudo iure Quir. toll. (7, 25).

73) L. 12 in fine D. ususfr. quemadm. caveat (7, 9): »proditum est, neminem rem suam, nisi furi condicere posse.« — § 14 Inst. de action. (4, 6): »Sic itaque discretis actionibus, certum est, non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere: si paret eum dare oportere. Nec enim, quod actoris est, id ei dari oportet, quia scilicet dari cuiquam id intel-

qui *non* potest intendere »*rem suam esse,*« non convenire poterit quemcunque possidentem. — Deinde quaerimus, quo consilio et ad quem finem reiv. illa utilis introducta sit; declarat autem lex nostra hac actione impetrari posse ut dominium *pristinum actori restituatur* sc.: ab eo, contra quem simul condictio competit, ut non solum sit actio *in personam,* hoc est intentio quanti res est[74]), verum etiam actio ad ipsam rem persequendam, quatenus dominium traditione amissum alia traditione interveniente restituitur. Facile autem quis hic nobis concedet, quod rationes illae quas supra protulimus Retii, Waechteri, Savinii — sive ingratitudinem perfidiamque spectemus, sive similitudinem, quam intercedere putant inter condictionem et contractus innominatos — utique militant pro obligatione tantum confirmanda et augenda inter donatorem et donatarium. Et in universum caussam donationis vel dationis cessare vel deficere dicimus contemplatione eius duntaxat, cui res aliquomodo *data* sit ob caussam, non eius ad quem alioquin pervenit[75]). Ideoque nec caussa non secuta id efficere

igitur, quod ita datur, ut eius fiat; nec res, quae iam actoris est, magis eius fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli, rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur si paret eos dare oportere, quamvis sit adversus eos etiam haec in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.« — V. Ihering. l. c. pag. 122.

[74]) Quod lege nostra dicitur: »condictio i. i. *actio in personam*« non opponitur actioni contra tertios exercendae, sed intentionem significat (hoc est »eam partem formulae qua actor desiderium suum concludit« Gaius IV §. 41) ut non quanti res praestetur, sed ipsa res restituatur.

[75]) L. 49 D. de cond. indeb. (12, 6).

potest ut cum tertio possessore agatur, nec in hac quaestione multum interest, utrum agatur pecuniariter an vero vindicatione, hoc est formula arbitraria, vel ita ut manu militari ipsa res restituenda auferatur. Quoniam igitur vindicationis utilis caussa vel fundamentum minime spectabat ad tertios possessores, sed id duntaxat agebatur, ut *obligatio* donatoris confirmaretur, reivindicatio utilis erat, idque tum maxime, si donatarius quid alienaverit aut consumpserit, quoniam tum malae fidei possessor intelligi poterat, quasi dolo malo desierit possidere.

Sponte igitur adducimur ad Iheringii sententiam. Hic legalem reivindicationis utilis definitionem verbis contineri putat »*id est actio, qua dominium tibi restituatur*«. Hac igitur vindicatione dominum duntaxat conveniri posse neque esse actionem in rem, id est qua etiam tertius sive sit successor sive non subiici possit. Quomodo enim, quaerit, cogitari potest, ut obligetur ad dominium restituendum tertius, ad quem postea demum ea res transiit[76])? Quamquam huic Iheringii sententiae ex animo subscribamus, tamen negari non potest, in hac ipsa quam vocat legali definitione nonnullas difficultates inveniri posse. Nempe hic finis quoque condictionis est, ut dominium restituatur. Quamobrem Ant. Faber[77]) solita audacia illam interpretationem (»id est actionem, qua dominium tibi restituatur«), auctoritatem eorum secutus, qui eandem a quibusdam co-

[76]) Ihering. l. c. pag. 164: »Die Klage wird hier als ein Mittel bezeichnet, die Erfüllung einer auf Restitution des Eigenthums gerichteten Verpflichtung zu erzwingen. Wie aber sollte der spätere Erwerber der Sache in diese Verpflichtung succediren?«

[77]) Faber errores dec. XLIV error 10 pag. 1023.

dicibus abesse testantur, in textum irrepsisse dicit ex glossemate alicuius interpretis ignorantis, quae sit differentia inter vindicationem sive directam sive utilem, et condictionem: Nempe eum qui vindicet dicere rem esse suam, et dominium iam esse suum, ideoque ridicule peteret ut sibi restitueretur, quod diceret se iam habere. Qui vero condicat, licet agat in personam, in hoc tamen agere, ut *dominium,* quod fateatur se non habere, *sibi restituatur,* intendens adversarium dare sibi aut potius reddere oportere, quae definitio sit personalium actionum. Plane tota hac argumentatione Faber reivindicationem utilem confundit cum directa, quoniam qui experitur reiv. utili aeque ac in condictione fatetur rem suam non esse. Porro Windscheidius, qui minus audax quam Faber interpretationem illam legalem non omni modo reiicere vult, verbis illis reivindicationem utilem definiri concedit, concludit tamen, dominium ipso iure revocari (»eine Klage, in welcher d. h. durch deren Verleitung das verlorene Eigenthum wiederhergestellt wird«[78]) hanc causam proferens, quod fontes loqui solent de restituenda *re,* si de obligatione rei agitur, *iuris* contra restituendi tum demum mentionem faciunt, si restitutio a magistratu fit. Obstat autem Windscheidio primum, quod restitutio iuris etiam a reo fit[79]), deinde quod Imperator ex ipsis verbis legis id effici vult, ut dominium rursus

[78]) Windscheid die Actio. § 22 pag. 217.

[79]) Arg. l. 9 § 1 D. de vi et vi (43, 16): »Deiectum ab usufructu in eandem caussam Praetor restitui iubet, id est, in qua futurus esset, si deiectus non esset. Itaque si tempore ususfructus finitus fuerit, postquam deiectus est a domino, nihilominus cogendus erit restituere, id est usumfructum iterum restituere.«

habeat donator, non autem ipso iure restituit, ut actio dari possit, quae restituto dominio hoc casu non quidem esset utilis sed directa. Cogeremur autem Fabrum sequi tum demum, si ratio, quae subsit illae legali definitioni, nulla posset inveniri; quam tamen facile detegimus. Faber enim argumentatur ex eo, quod vindicatio appellari non possit actio qua *dominium* restituatur, quum vindicatio actio sit, per quam *possessio* tantum revertitur ad dominum — sed non attendit, Imperatorem vindicationi verbum »utilis« adiecisse, quod nihil aliud significat, nisi quod actor hic in odium donatarii duntaxat emolumenta habeat vindicationis, quae non sunt condictionis, ita ut ad interpretationem legalem explicandam non confugere cogamur ad illam Accursii distinctionem dominii directi et utilis, quam Faber quoque commentitiam merito dicit.

Itaque Imperator in eo tantum reprehendi potest, quod non accuratius reivindicationem utilem a condictione seiunxerit, sed interpretationem produxerit quae alterutri communis sit. Ex definitione illa hoc tantum apparet, hic non esse ordinariam vindicationem, quae ut concurrat cum condictione, si furtivam caussam excipias, ne aequitatis quidem ratio effici potest — sed hactenus tamen vindicationem proprie sic dictam, quatenus eius utilitas coniuncta est cum vindicatione *utili,* quae ex obligatione proficiscitur. Plane autem Faber errat, quum dicat l. c.: »Nec sane ulla esset utilitas utilis vindicationis, si per eam dominii restitutio peteretur, quum id ipsum sit quod peti potest et debet per condictionem.« Quid utilitatis in vindicatione utili sit, quod antea attigimus, hic latius exponendum est: antea autem videndum, quid condictione assequi possit

actor. Argumentamur per l. 39 D. de m. c. d. (39, 6), l. 19 eodem, l. 37 § 1 eodem.

L. 39 c. ita:

»Si is, cui mortis caussa servus donatus est, eum manumiserit, tenetur condictione in pretium servi, quoniam scit, posse condici, si convaluerit donator.«

L. 19 c. ita:

»Nec huic similis est is, qui rem, quam mortis caussa acceperat, alii porro dederit: nam donator huic non rem, sed pretium eius condiceret[80]).«

Condictione igitur actor *verum* pretium tantum assequi potest, reivindicatione utili autem principaliter rem, aut si reus contumax sit, vel si res non iam exstet apud reum, totam litis aestimationem, ita ut actori iuramentum in litem concedatur[81]). Huius autem iuramenti in litem locus erat nonnisi in subsidium in actionibus stricti iuris[82]),

---

[80]) V. Ihering. l. c. pag. 168 sqq.

[81]) W. Sellius in libro »Bedingte Traditionen« pag. 260 sqq. eundem effectum condictionis et reivindicationis esse dicit in obligationibus unilateralibus, veluti in mortis caussa donatione revocanda, quum reus id tantum reddere debeat, in quantum locupletior factus sit, is autem qui rem sub conditione resolutiva acceperit, malae fideipossessori vel moroso minime aequiparandus sit. Sellio respondendum est: primum, conditionem resolutivam non locum habere solere in mortis caussa donationibus, id quod ipse dicit l. c. pag. 229; deinde quod et in condictione et in reiv. reus non habet periculum interitus vel deteriorationis, tamen contendi non potest, effectum ambarum actionem esse eundem; nam in vindicatione, quae est actio arbitraria, mala fides eius, a quo revocatur, et ex eo tempore quo revocari potest, spectatur — cuius rei tamen in actione stricti iuris, ideoque in condictione non est locus.

[82]) L. 5 § 4 D. de in litem iur. (12, 3).

omnino contra in actionibus in rem, et ad exhibendum et bonae fidei iudiciis[83]). Ad hoc igitur emolumentum in processu Romanorum civili praestandum, in quo condemnationem ad pecuniariam aestimationem conceptam fuisse scimus[84]), dabatur reivindicatio utilis; idque summi momenti erat, si reus caussa donationis non secuta rem alienaverit, consumserit vel alioquin possidere desierit, quoniam hoc casu dolo malo videretur desiisse possidere, et aeque ut in vindicatione directa dolus fuerit pro possessione. Denique vindicatio utilis eadem est actio, quam Constantius et Constans in l. 7 C. de revoc. donat. (8, 55) matri indulserunt in revocandis donationibus contra filios ingratos, de qua dicunt:

»actionem matris ita *personalem esse volumus, ut vindicationis tantum habeat effectum,* nec in heredem detur nec tribuatur heredi.«

Alterum autem commodum erat in concursu, de quo in § 11 agemus.

§ 6.

Et nunc iam ad aliam legem transeamus, qua de donatione sponsalium nomine agitur. L. 15 C. de don. a. nupt. (5, 3):

»Quum veterum sententia displiceat, quae donationes in sponsam nuptiis quoque non secutis decrevit valere, ea, quae largiendi animo inter sponsos et sponsas iure celebrantur, redigi ad huiusmodi conditiones iubemus, ut, sive affinitatis coëundae caussa, sive non ita, vel in

83) L. 5 pr. D. de in lit. iur. (12, 3).

84) Gaius IV § 48.

potestate patris degentes, vel ullo modo proprii iuris constituti, tamquam futuri caussa matrimonii aliquid sibi ipsi vel consensu parentum mutuo largiantur, si quidem sponsus vel parens eius sortiri filium noluerit uxorem, id, quod ab eo donatum fuerit, nec repetatur traditum, et si quid apud donatorem resedit, ad sponsam et heredes eius submotis ambagibus transferatur. Quodsi sponsa vel is, in cuius agit potestate, caussam non contrahendi matrimonii praebuerit, tunc sponso eiusque heredibus *sine aliqua deminutione per condictionem aut per utilem in rem actionem redhibeantur.* Quodsi similiter observari oportet, etsi ex parte sponsae in sponsum donatio facta sit[85]).«

Haec lex in l. 2 Theod. Cod. de sponsal. et a. nupt. donat. (3, 5) nititur, qua Constantinus anno 319 quamque donationem sponsalium nomine non tam liberalitatis ratione quam futuri matrimonii caussa factam existimari vult. Idem Constantinus lege sequenti (anno 336) rerum donatarum repetitionem omnibus sponsi sponsaeve heredibus concedit[86]). Verba »per condictionem aut per utilem actionem in rem« a compilatoribus nostrae legi adiecta esse Iherin-

[85]) Gentilis de donat. inter vir. et ux. lib. IV cap. 10 pag. 441 hoc notat: »l. 15 appellatur ab Angelo clavis totius materiae de donatione sponsalitia. Illud ante omnia sciendum est, hanc legem loqui de eo casu, quum simpliciter donatio inter sponsos facta est nulla lege vel conditione nuptiarum adiecta, neque constat qua mente donatum sit.« Gentilis idem obtinere vult, si non sponsus vel sponsa donaverit, sed pater. V. l. c. pag. 445.

[86]) V. Erxleben condictiones II § 8 pag. 156. Itaque donatio ante nuptias donatio ob caussam est. V. Savigny System IV § 162 pag. 169 sqq.

gius dicit[87]). Quam secuti sumus sententiam, reivindicationem utilem contra dominum tantum, qui obligatus sit, exerceri, hic quoque confirmatam videmus verbis: »et si quid apud donatorem *resedit*«, quae subintelligenda sunt verbis: »tunc sponso redhibeantur«[88]). Reivindicatio scilicet utilis datur ad distrahendam donationem, aeque ut *actio redhibitoria* proprie sic dicta datur ad emtiones distrahendas.

§ 7.

Eadem fere indoles est reivindicationis utilis *in donationibus mortis caussa,* in qua specie primum attendendum, quae caussae statuerentur a iurisconsultis Romanis, cur m. c. donationes repeti possent. Duae quidem erant sententiae[89]), quae apud Festum (de verb. signif. XI s. v. mortis) altera alteri opponuntur, his verbis: »Mortis caussa stipulatio existimatur fieri, ut ait Antistius Labeo, quae ita fit, ut morte confirmetur, aut, ut quidam dixerunt, cuius stipulationis mors fuit caussa[90]).«

Proculiani enim putabant, dominium nullo modo a do-

87) Ihering. l. c. pag. 124.

88) Ihering. l. c. pag. 164.

89) V. Liebe stipulationes § 32 pag. 384—391.

90) Hic adnotat Liebe l. c. pag. 386: »Man darf hier nicht in der zweiten Hälfte der Stelle eine mit der Erklärung des Labeo zu vereinigende Erklärung finden. Nach Labeo's Ansicht blieb das Ganze ein einseitiges Geschäft; zunächst ward die Sache blofs anvertraut, und mit dem Eintritt des Todes ward sie geschenkt. Andere mischten dagegen den Gesichtspunkt eines zweiseitigen Geschäfts ein, die Gabe trat in die Stelle der ersten Leistung, der Tod des Gebers war der Erfolg, mit welchem jene correspondirte.«

natore recessisse, ita ut haberet vindicationem directam. Cassiani contra m. c. donationem dationem ob caussam existimabant; »nec igitur, ut in l. 35 § 3 D. de m. c. don. (39, 6) dicitur, »dubitaverunt Cassiani, quin condictione repeti possit, quod donatum est, quasi re non secuta propter hanc rationem, quod ea quae dantur aut ita dantur ut aliquid facias, aut ut ego aliquid faciam, aut ut Lucius Titius, aut ut aliquid obtingat, et in istis condictio sequitur.« Cassianorum sententia in Pandectis praedominans est eamque meliorem esse putamus. Condictio autem non videbatur sufficere, quum sit actio qua »id tantum revocatur quod apud alterum sine caussa deprehenditur[91]); itaque vindicatio introducta videtur, ut donator suum plenius reciperet; non tamen indistincte, quum in l. 29 D. de m. c. d. (39, 6) directam vindicationem iurisconsultus concedat, si donatarius prius decesserit vel contra si donator convaluerit vel de proelio vel peregre redierit; contra in l. 30 eod. vindicatio utilis concedatur his verbis:

»Qui mortis caussa donavit, ipse ex poenitentia condictionem vel utilem actionem habet.«

Itaque Liebe errare videtur, quum vindicationem censeat *utilem* non solum in poenitentia, sed etiam si donator convaluerit; ad quod demonstrandum nihil aliud afferre potest quam quod in l. 29 D. de m. c. d. dicitur: »*potest defendi* in rem competere donatori,« quod Fabro[92]) auctore sic accipiendum putat, ut illa in rem actio *utilis* futura

---

[91]) L. 66 D. de cond. indeb. (12, 6).

[92]) Faber errores dec. XLIV error 10 (Liebe perperam citavit: dec. XLIII).

sit, non directa[93]). Nostra sententia non sine ratione in legibus modo commemoratis distinguitur, utrum *id evenerit quod expressis verbis in conditione erat positum a partibus*, dum *poenitentia* non fuerit in conditione sed magis admittenda ex huius donationis natura, cui tacite inesse credebatur[94]). Immo qui hoc nobis concedunt, reiv. utilem duntaxat in personam dari, consequenter etiam hoc concedant necesse est, actionem in rem, de qua loquitur l. 29, esse directam vind., quoniam in fine legis post mortem eius cui donatum est *generaliter* datur in rem actio donatori, hoc est contra quemcunque possidentem.

Dissentit Savinius[95]), qui actionem in lege nostra 30

93) Quod W. Sellius contendit (»Bedingte Traditionen« pag. 229), in mortis caussa donationibus revocandis donatarium *non ipso quidem iure* dominium amittere, sed obligari duntaxat ut redderet, semperque si formula esset: »ut redderet«, locum habere id quod appellat »uneigentliche Resolutivbedingung«, — eo utimur argumento ad naturam vindicationis utilis in l. 30 explicandam. In l. 29 contra reiv. directam statuimus, quoniam id actum a partibus videtur, ut existente conditione dominium revocetur; dum alii ut Sellius, aeque ac Faber et Liebe utilem vindicationem in duobus illis casibus (et in l. 29 et in l. 30) ab Ulpiano pro summa eius aequitate concessam putent. Quod autem insuper vindicationem utilem aeque ac directam volunt in rem esse, nemo, si praecedentes casus respiciet, non videt, quantae singularitates accipiendae essent, si vindicatio utilis rationem directae sequeretur, in his etiam casibus, in quibus condictio caussa data caussa non secuta locum habet, quae tamen caussa, ut Sellius ipse dicit l. c. p. 222, non effectum habet conditionis resolutivae, ubi secundum iuris rationem non potest existente conditione dominium *ipso iure* revocari!

94) V. Ihering. l. c. p. 125.

95) Savigny System IV § 171 not. *f* pag. 256. Consentit Puchta Puchta Pand. § 72 *d*.

intelligere vult actionem in factum civilem vel praescriptis verbis, arg. legis 18 § 1 D de m. c. d. usus[96]), quae agit de eo casu quo donaturus mihi mortis caussa quis debitorem suum creditori meo delegaverit; qui si convaluisset *condictione aut in factum actione* debitoris obligationem recipit. Itaque casus legis 18 magnopere distat a nostra lege 30, quoniam in illa agitur non quidem de rei donatione, sed de delegatione donationis caussa interposita; porro autem actio praescriptio verbis in l. 18 minime commemoratur, sed actio in factum ad distrahendum negotium; accedit quod praescriptis verbis actio aliis locis vocatur actio in factum civilis[97]), quae autem actio in factum non potest insuper esse utilis[98]).

Nec praetermittendum quod ut Erxlebenius[99]) dicit, eadem fere indoles legis nostrae est quae reivindicationis utilis in l. 1 C. de donat. sub mod. 8, 55 et in l. 15 C. de don. a. nupt. (5, 3) supra commemoratis. Windscheidius[100]) tamen aliam prorsus de his legibus, aliam de nostra specie sententiam profert: nostro enim casu actionem contra tertium dare vult ex iure cesso, quasi a donatore donatarius cogi possit condictione, ut suam illi vindicationem mandet. Quae sententia idcirco reiicienda[101]) est, quod

[96]) Secundum argumentum Savinio ab Erxlebenio (cond. II pag. 105 not. 57) adversario oblatum est, scilicet quod in Florentinis non dicitur in rem.

[97]) L. 1 § 1 et 2 D. de praescr. verb. (19, 5).

[98]) V. Ihering. l. c. pag. 125 not. 12.

[99]) Erxleben. l. c. pag. 105.

[100]) Windscheid die Voraussetzung 1850 § 5 nr. 48 pag. 65 sqq. Cf. supra § 5.

[101]) Ihering. l. c. pag. 124 not. 11: »Die reiv., meint Windscheid,

Ulpianus l. 29 D. de m. c. d., quo casu donatori duntaxat reiv. competere dicit, si scilicet sub conditione suspensiva donatum sit, tacite eandem ademit donatario, qui nimirum non mandare potest actionem quam non habet, adeo ut hoc casu proprie iure vindicet donator; altero autem casu, quo pure donatum est ita ut sub conditione resolvatur, pendente conditione duntaxat donatario, existente deinde nonnisi donatori cómpetere vindicationem ait[102]).

Legem 29 si comparamus cum l. 30 cit., finem advertimus: si enim conditio adest, dominium ipso iure revocatur — si vero naturale tantum negotii, ut poenitentia, accidit, vel si modus aut caussa duntaxat adest, tum nonnisi obligatio tradendi fit.

§ 8.

Iam transeamus ad *quartum* reiv. utilis casum, cuius natura ex duabus legibus, id est Pauli l. 55 D. de don. inter vir. et ux. (24, 1) et Gaii l. 30 eod. patet.

L. 55 ita:

»Uxor marito suo pecuniam donavit, maritus ex pecunia sibi donata aut mobilem, aut soli rem comparavit, *sol-*

sei die des Beschenkten gegen dritte Personen, welche letzterer dem Schenker cediren soll; woraus denn folgen würde, dafs letzterer gegen den Beschenkten selbst keine Vindication hätte — ein Resultat, das ebenso unbefriedigend sein würde, als es mit den allgemein lautenden Worten Ulpians im Widerspruch steht.«

[102]) Quod autem l. 29 ita distinguitur, ut aliud obtingat, »si quidem quis sic donavit, ut si mors contigisset, *tunc* haberet, cui donatum est«, aliud »si vero sic (donavit) ut iam *nunc* haberet«, hoc plane referendum ad voluntatis interpretationem, non, ut Liebe (»stipulationes« pag. 391) vult, ad Proculianorum et Cassianorum controversias.

vendo non est, et res *exstant;* quaero, si mulier revocet donationem an utiliter condicticia experiatur, — videtur enim maritus, quamvis solvendo non sit, ex donatione locupletior effectus — quum pecunia mulieris res comparata exstet? Respondi: *locupletiorem* esse ex donatione *negari non potest; non enim quaerimus, quid deducto aere alieno liberum habeat, sed quid ex re mulieris possideat; solo enim separatur hic ab eo, cui res donata est;* quodsi res mulieris permanet, et *vindicare directo* potest; et erit deterior caussa viri, si ei pecunia, quatenus res valet, non ultra id tamen, quod donatum est, condicatur, quam si dotis iudicio conveniatur. Sed nihil prohibet, etiam *in rem utilem* mulieri in ipsas res accommodare.«

Iurisconsultus in eo primum haeret, quod quaecunque actio donatori ad revocandam donationem detur, ea id tantum peti possit, quo reus *locupletior* factus sit[103]). Deinde exponit, locupletiorem factum non enim proprie intelligi qui ditior est quam antea fuit, cuius facultates in universum auctae sunt, quum non quaeratur: »quid deducto aere alieno liberum habeat, sed quid ex re mulieris possideat«; locupletiorem igitur esse qui aliquid alienum possideat. In eo casu, quo res adhuc exstant, quibus donatarius locupletior factus est, donatori ius datur, earum rerum naturalem restitutionem petere (»nihil prohibet etiam in rem utilem mulieri *in ipsas res* accommodare«), ita ut actor non necesse habeat pecuniam accipere; quod tum praecipue magni est momenti, quum pecunia non adsit.

103) L. 5 § 18, l. 32 § 9, l. 33 § 1, l. 39, l. 58 § 2 D. de donat. inter vir. et ux. (24, 1).

Plane qui revocat donationem, non debet plus consequi, quam id quo *pauperior* est factus ideoque id duntaxat ab actore reddendum est[104]).

Attende igitur, quod hic minime ex eo introducebatur reiv. utilis, quod solvendo non erat donatarius; sed in eo dubitationis potius ratio erat, quoniam vulgo eum locupletiorem dicimus qui in universum dives factus est. Quamobrem vindicatio utilis non coërcenda est ad eum solum casum, quo maritus solvendo non est, sed in concursu speciale tantum emolumentum habet, quum debitor non *iam res* distrahere et ex pretio mulieri satisfacere possit. Ceterum id, quod hic de pecunia dicitur, non sine ratione generaliter dictum putabimus[105]) idque obtinebit, quoties directo dominus prohibetur vindicare; non autem prohibetur ex mera donationis caussa, quae in hac specie fere nulla est, sed si aliud interveniat impedimentum, veluti interitus vel usucapio atque etiam si dominium amissum sit per specificationem. Cuius rei exemplum affertur in l. 29 § 1 et l. 30 D. de don. inter vir. et ux. (24, 1):

»Si vir uxori lanam donavit et ex ea lana vestimenta sibi confecit, uxoris esse vestimenta Labeo ait; *utilem* tamen viro competere.«

Vides hanc legem omnino non loqui de uxore, quae solvendo non est, eoque minus intelligi potest, quo pacto Iheringius[106]) putet, reiv. utilem coërcendam esse ad concursum. Idem in eo haeret, quod donator hic plus recipere videtur, quam pauperior factus est; quam difficul-

104) L. 25, l. 28 § 3 D. de donat. inter vir. et ux. (24, 1).

105) Ihering. l. c. pag. 133.

106) Ihering. l. c. pag. 136 et 137.

tatem eo sibi videtur solvisse ut electionem det creditoribus [107]) in concursu utrum rem ipsam reddere vellent an pecunia satisfacere. Quid igitur eveniet? Licebit creditoribus — nam Iheringii exemplo concursum imprimis debemus spectare — licebit igitur iis ipsam rem distrahere et ita creditori satisfacere; tunc non tam utilis quam *inutilis* exsistet reivindicatio; aut non licebit distrahere, licet alioquin non possit exsolvi pretium rerum donatarum, ideoque electione cessante nihilominus amplius recipiet donator quam pauperior factus est.

Nostro quidem iudicio nulla omnino adest difficultas, quoniam plane donator ipse debeat inferre, quantum plus est in pretio rerum quas vindicat, ne exceptione summoveatur ad instar domini tabulae qui picturam vindicat [108]). Denique ad Iheringii sententiam illustrandam hic principium legis 29 D. de don. inter vir. et ux. (24, 1) proponimus, quod ita est:

»Si mulier ex pecunia donata emtum servum vendidisset, et alium emisset, posteriorem periculo mulieris esse Fulcinius scripsit; quod non est verum, licet non ex re mariti emtus sit.«

Nempe in hac specie qui Iheringium sequitur, nonne cum Fulcinio dicet: servum emtum periculo mulieris fuisse; ut quae antea electionem habuit, servo mortuo praecise pecuniam exsolvere adstringatur? Et tamen hic Pomponius reprehendit Fulcinium, ius autem eligendi prorsus praetermittit.

---

107) Ihering. l. c. pag. 136: »Die in rem actio stellt hier den Gläubigern nur die Alternative, ob sie die Geldforderung befriedigen oder die Sache herausgeben wollen.« — 108) Cf. § 4.

Windscheidius quidem Iheringium in omnibus sequitur. Non enim videtur animadvertisse ea, quae Iheringii sententiae obstant [109]).

Nobis autem Vangerowii [110]) sententia magis placet, qui reivindicationem utilem non ad concursum coërcet. Quidam iurisconsulti [111]) mulieri ius separationis tantum concedunt, quum maritus solvendo non sit. Hic autem adest ratio dubitandi, iam a Glueckio [112]) non immerito proposita, quod nempe intelligi non potest, quonam iure competeret ius separandi ei qui non habet ius dominii, de qua re infra (§ 11) paucis tractabimus.

109) Windscheid die actio § 22 pag. 215 sqq.: »Die l. 55 D. (24, 1) gibt der Frau auf die Sachen, welche der Mann mit dem ihm von ihr geschenkten Gelde angeschafft hat, beim *Concurse* des Mannes eine utilis in rem actio. Diese in rem actio ist aber nicht bloſs auf den Fall des Concurses, sondern auch auf die Person des Mannes zu beschränken. weil die Frau, wenn ihr gegen Dritte zu klagen gestattet wäre, leicht mehr erhalten könnte, als sie geschenkt hat, was doch nach der Erklärung gerade der l. 55 nicht stattfinden soll. Der Frau wird also lediglich das Recht beigelegt, für den Anspruch, der ihr auf Erstattung des geschenkten Geldes zusteht, beim Concurse des Mannes sich aus den mit diesem Gelde angeschafften Sachen vor allen anderen Gläubigern befriedigen (als Vindicantin auftreten) zu können.«

110) Vangerow Pand. § 332 not. III pag. 738.

111) Thibaut System des P. R. tom. II § 566 in fine.

112) Glueck Comment. VIII p. 188. Iheringius quidem (l. c. pag. 170) illam rationem dubitandi a Glueckio propositam non plane perspexisse videtur. Utut enim concedamus, vindicationem non domino quoque dari posse, tamen dubitare possumus, annon haec vindicatio cessare deberet in concursu, quoniam separandi ius ei tantum competit, qui intendere potest, rem suam esse, id est non pertinere ad massam communem.

Idem ius, quod mulieri datum, marito[113]) quoque concedere non dubitamus, quum sexus diversitas hic nihil referre possit[114]), et in l. un. § 5 C. de rei ux. act. (5, 13) dicatur: — — — »cum sit *donatori* facultas, per actionem in rem directam, vel per *utilem*, vel per condictionem suo iuri mederi.« Actionem nostram contra eum solum exerceri, qui obligatus est, hic quoque ex eo apparet, quod scriptum est: »quaerimus quid ex re mulieris *possideat*.« Certare igitur inutile est[115]), quid actori contra tertios demonstrandum sit, quum reivindicatio utilis nunquam contra tertios possessores detur.

§ 9.

In casibus, qui praecedunt, vidimus, reiv. utilem, hoc est actionem in personam, locum habere vario nomine, scilicet »utilis actionis ad rem vindicandam« (§ 2) vel »actionis in rem utilem« (§ 3, § 6, § 8) — cui quod in fontibus appellatur »vindicare directo« opponi videtur, id est vera actio in rem. Quibusdam tamen casibus vera quoque in rem actio ad actionem in personam prope accedit, scilicet si dominium non est praesens sed tum demum exstaturum, si aliquid futurum evenerit.

Huc primum pertinet dominium quod liberis quaeritur in lucris nuptialibus vel rebus maternis. Leo et Anthemius distinguunt, utrum parens ad secundas nuptias migret necne.

---

113) V. Ihering. l. c. pag. 133. Vangerowius autem dubitat l. c. pag. 738.

114) V. Gesterding Lehre vom Eigenthum pag. 302.

115) Ut Vangerowius certat contra Glueckium l. c. pag. 739. V. quoque Ihering. l. c. pag. 161 nr. 45.

Primo casu dominium revocari volunt *ex tunc*, id est ex eo tempore, quo eae res ad patrem matremve pervenerunt. arg. l. 6 § 2 C. de secundis nuptiis (5, 9):

»Omnibus videlicet iisdem maritalibus facultatibus, his etiam, quas habet habiturave est, tamquam si iure pignoris vel hypothecae suppositae sint, super eadem ante nuptias donatione vel rebus aliis ad eam ex mariti substantia devolutis ex eo die, quo eaedem res ad eam pervenerint, liberis obligatis, ut, si quis post traditas matri vel detentas ab ea res (si ita contigerit) contractum aliquem cum eadem muliere inierit, quae se repetitis nuptiis copulaverit, in vindicandis iisdem suppositis rebus posterior habeatur, liberis, qui ex eodem matrimonio procreati sunt, et nepotibus neptibusque, qui ex iisdem liberis geniti sunt, sine dubio praeponendis[116]).«

Si autem pater materve non rursus nupserit, iidem statuerunt, dominium *post mortem parentis demum* ad liberos pervenire, arg. l. 6 § 3 C. eod.:

»Sin vero liberorum suorum affectione servata pater materve ad alias nuptias migrare noluerit, neque vir his, quae de bonis uxoris ad se transeunt, neque mulier rebus, quae ex substantia mariti ad se pervenerint, pro suo arbitrio uti, vel eas vendere, aut quocunque iure vel modo alienare, vel pignoris iure seu hypothecae (si voluerint) obligare, utpote domini earum, prohibebuntur. *Exstantes autem praedictas res, si non fuerint alienatae vel consumtae vel suppositae, licebit liberis vindicare, etiam non adeuntibus hereditatem parentum.*«

116) V. Puchta Pand. § 200 nr. 3, § 428 nr. 1; Glueck Comment. XIX pag. 135 sqq.

Videmus igitur, hoc secundo casu dominium *ex nunc* revocari adeo, ut vindicatio coërcenda sit ad res exstantes mortis patris matrisve tempore, ideoque haec vindicatio *directa* quidem est, sed tamen, ut iam diximus, quoad effectum accedit ad utilem, quae datur in certam personam, ut qua nunquam agi possit contra eos, qui iam aliquid iuris in bonis illis quaesierint vivo patre matreve.

Eadem distinctio, quam modo commemoravimus in const. Leonis et Anthemii, aeque observatur in Iustiniani lege 8 eiusdem tituli, in § 4:

»In illo etiam veterem sanctionem adimplentes praecipimus, exemplo matris, cuius res post secundas nuptias filiis ex priore matrimonio natis suppositae sunt ad conservanda eis lucra, quae ex priore marito ad eam pervenerunt, patris quoque bona, quae habet habiturusque est, filiis ex priore matrimonio natis post secundas eius nuptias ad ea conservanda, quae ex eorum matre lucratus est, supposita esse.«

Antea autem in § 1 eod. agit de dominio revocando *ex nunc* his verbis:

»Illud etiam certa sanctione definire censemus, ut si quis vel si qua, ex aliquo matrimonio filiis procreatis, minime ad secundas nuptias venerit, ut eo modo liceat quidem genitori res ex priore coniugio sibi acquisitas, quo modo voluerit, alienare vel administrare; si quae vero earum minime sint alienatae, possint liberi, etiam non adeuntes paternam vel maternam hereditatem, eas vindicare.«

Hic igitur tam in § 3 const. Leonis et Anthemii, quam in § 1 const. Iustiniani, ad liberos transfertur dominium in singulis rebus post mortem quidem parentum, sed mi-

nime iure hereditario, ut expressis verbis Imperatores dicunt.

§ 10.

Deinde huc pertinet reivindicatio quae mulieri datur in rebus dotalibus ex l. 30 C. de iure dot. (5, 12), quam Iustinianus anno post priorem constitutionem (anno 529) promulgavit. In hac specie mulieris soluto matrimonio eadem fere conditio est quam liberorum, quatenus vindicant duntaxat res mortis tempore parentum exstantes. Iustinianus enim verbotenus constituit:

»In rebus dotalibus, sive *mobilibus sive immobilibus*, seu se moventibus, *si tamen exstant, sive aestimatae sive inaestimatae sint*, mulierem in *his vindicandis omnem habere* post dissolutum matrimonium *praerogativam*, et *neminem creditorum mariti* qui anteriores sunt, *posse sibi potiorem caussam in his per hypothecam vindicare*, quum eaedem res et ab initio uxoris fuerant et naturaliter in eius permanserunt dominio.. Non enim quod *legum sublilitate transitus earum in patrimonium mariti* videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est. Volumus itaque, *eam in rem actionem quasi in huiusmodi rebus propriis habere*, et *hypothecam omnibus anteriorem* possidere, ut, sive ex naturali iure eiusdem mulieris res esse intelligantur, vel secundum legem subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse, *per utramque viam, sive in rem sive hypothecariam, ei plenissime consulatur.* Omnis autem temporalis exceptio, sive per usucapionem inducta, sive per decem sive per viginti annorum curricula, sive per

triginta vel quadraginta annorum metas, sive ex alio quocunque tempore maiore vel minore introducta, *mulieribus ex eo tempore opponatur, ex quo possint actiones movere,* id est opulentis quidem maritis constitutis, post dissolutum matrimonium, minus autem idoneis, ex quo hoc infortunium eis illatum esse claruerit, quum constante etiam matrimonio posse mulieres contra maritorum parum idoneorum bona hypothecas suas exercere iam nostra lege humanitatis intuitu definitum est; ficti divortii falsa simulatione in huiusmodi caussa, quam nostra lex amplexa est, stirpitus eruenda.«

Hic primum in ea quaestione, quis dotis dominus sit durante matrimonio, attendendum est, quod ad finem dotis assequendum, id est ut dos oneribus matrimonii sustentandis inserviat, suffecisset, si concederetur viro ususfructus duntaxat cum administratione[117]). Imperator igitur, dum dicit, dotis dominium legum duntaxat subtilitate in maritum translatum esse, id innuere videtur, quod non ipsa natura dotis fert, ut discedere dominium a muliere statuamus et viro de rebus dotalibus disponendi liberam tribuamus facultatem. Quod quodammodo etiam agnovit ius civile, quatenus marito alienandi facultatem ademit[118]).

Itaque eo magis iuris civilis Imperator subtilitatem putat corrigendam in eo, ut matrimonio soluto dominium ad mulierem revocetur, ideoque uxori praeter actionem in personam, id est rei uxoriae, concedit actionem in rem[119];

---

[117]) V. Puchta Pand. § 416 not. *g*.

[118]) L. 1 § 1, l. 4, l. 12, l. 13 pr. § 1, § 2, l. 16 D. de fundo dot. (23, 5); C. eod. (5, 23); l. un. § 15 C. de rei ux. act. (5, 13).

[119]) Windscheid die actio § 22 pag. 217: »Wenn Ihering sich darauf

et quidem ita ut vindicatione *directa* hac lege ei data experiri possit, simulque hypothecaria contra creditores mariti, adeo ut nulla ei ab his exceptio opponi debeat, quoniam »actionem hypothecariam omnibus anteriorem possidet.« Est huic iuri pignoris peculiare, quod etiam uxori tribuitur in iis rebus, quarum soluti matrimonii tempore dominium ad ipsam redit[120]).

Dicemus autem, mulieri ius hypothecae proprium competere, quatenus res in dote constitutae, dotales esse desierunt, id est quatenus valide alienatae sunt a marito, quod illo tempore etiam in fundo dotali, consentiente scilicet muliere, procedebat: Nempe Iustinianus anno sequenti 530 constituit, l. 1 § 1 C. de rei uxor. act. (5, 13):

»(Et) ut plenius dotibus susveniatur — — — damus ex utroque latere hypothecam, sive ex parte mariti pro restitutione dotis, sive ex parte mulieris pro ipsa dote praestanda vel rebus dotalibus evictis, sive ipsae principales personae dotes dederint vel promiserint vel susceperint, sive aliae pro his personae, et dos sive adventitia sive perfectitia sit secundum veteris iuris nominationem.«

Quod autem Imperator non dubitavit, etiam ad eas res, quae a marito alienari non possunt, hypothecam ex-

---

beruft, dafs, indem Justinian das Eigenthum der Frau nur vom natürlichen Standpunkt zu behaupten wage, er es vom juristischen verneine, so ist darauf zu antworten, dafs er in der Gewährung der actio in rem sich eben auf den natürlichen Standpunkt stellt und diesen zur Geltung bringt.«

120) V. Goeschen Vorlesungen § 338 lib. II pag. 313. — Arndts Pand. § 373 not. *g*.

tendere, facile potest defendi, inprimis quoniam ius pignoris simul vult privilegiatum esse et non tum demum initium capere, quo dominium ad mulierem redit. Negari quidem non potest, in ipsa constitutione 30 cit. hoc minus accurate dictum:

»Omnis autem temporalis exceptio, sive per *usucapionem* inducta . . . . . ex eo tempore opponatur, ex quo possint actiones movere,«

quoniam scilicet ius hypothecae usucapione non perimitur[121]).

Quod autem ibidem dicitur:

»per utramque viam, sive in rem, sive hypothecariam ei plenissime consulatur«

nihil aliud significat, nisi quod mulier se tuetur contra maritum ipsum vel contra possessorem fundi, quem alienare non licebat; privilegio autem id est actione hypothecaria contra creditores[122]).

In hac specie autem soluti matrimonii eundem effectum quem conditionis resolutivae statuimus esse, ut dominium *ipso iure* revocetur. Cui sententiae minime obstat quod Iustinianus mulieri vindicationem dat in rebus dotalibus

»sive aestimatae sint sive inaestimatae«.

---

[121]) L. 44 § 5 D. de usurp. (41, 3); l. 1 § 2 D. de pignor. (20, 1), l. 7 C. de pignor. (8, 1. 4). — V. quoque Windscheid die actio pag. 218: »Der Pfandklage kann die Usucapion, welche in der Stelle von der longi temporis praescriptio ausdrücklich unterschieden wird, nicht entgegengesetzt werden; und der im Besitz der dos bleibende *Mann* kann nicht usucapiren; sie setzt also eine Eigenthumsklage gegen dritte Besitzer voraus.«

[122]) Itaque ex caussa modo privilegio utitur mulier modo vindicat, ut non proprie dici possit, ei eligendum esse, utrum vellet, una vel altera actione experiri, ut tamen plerique statuunt, veluti Puchta Pand. § 200 nr. 4; Vangerow Pand. § 392 in fine.

Quod non potest referri ad res venditionis causa aestimatas[123]), quae omnimodo desinunt dotales esse, adeo ut non res ipsa sed pretium in dote sit[124]). Verum si contrarium statuamus, ineptam sane rationem legis Imperator suae videretur protulisse, scilicet res a muliere dotis caussa venditas tamen non ex voluntate mulieris, hoc est secundum *rei veritatem*, in patrimonium viri pervenisse, sed ex mera legum subtilitate. Patet igitur, hic res aestimatas appellari, quae *taxationis caussa* aestimatae sint[125]), vel ita ut aut aestimatio praestetur aut res, utrum mulier elegerit. De qua specie Giphanius[126]) merito dicit: rerum aestimatarum mulieri dari vindicationem, non quidem utilem, sed directam, »eo tamen casu, quo eas petere potest, absolute et simpliciter, non disiunctione«, si mulier ita res

123) Contra nostram sententiam argumentatur Iheringius (l. c. pag. 127 et 128), quod incredibile sit, dominium etiam in rebus venditionis caussa aestimatis revocari, id est eo casu, quo ex voluntate contrahentium mulier aestimationem, non res ipsas, receptura est. Hoc autem nostrae, si quaeris, sententiae minime obstat, quoniam nos Iustiniani legem ad res dotis caussa venditas omnino non referri putamus, sed magis hic Iheringius se ipse refutat, quoniam primum confitetur rebus aestimatis venditionis caussa aestimatis hoc agi, ut mulier aestimationem tantum recipiat (pag. 128), deinde autem functionem quam vocat »eventualem« inducit (Ihering. pag. 130, 132, 161), hoc statuens, quod aestimatio duntaxat sit in solutione, restitutio rerum vero in condemnatione. Non multum abest quin Windscheidius (die actio pag. 218) hic quoque se in Iheringii sententiam abduci passus sit aeque atque in eo casu de quo tractavimus § 8.

124) L. 5, l. 10 C. de iure dot. (5, 12); l. unic. § 9 C. de rei ux. act. (5, 13); l. 14—16, l. 17 § 1, l. 18 D. de iure dot. (23, 3). De rebus fungibilibus vide l. 42 D. eod.

125) Gesterding Lehre vom Eigenthum § 40 not. 12 pag. 304.

126) Giphanius Explanatio difficiliorum legum Codicis pag. 407.

aestimatas dederit, ut utrum ipsa velit petere possit, quum ipsa sibi electionem servaverit[127]). Iheringius quidem uxori reivindicationem non ex dominio, sed utilem in personam competere vult, et nostram sententiam acriter impugnat[128]) his verbis: »Dafs dieser angebliche Rückfall eine grofse Anomalie enthalten und im röm. Recht ohne gleichen sein würde, werden selbst die Vertheidiger desselben nicht in Abrede stellen. Wo sonst ein Rückfall eintritt, erfolgt er in der Weise, dafs das Rechtsgeschäft, auf welches die *Hingabe* sich stützt, und damit der erfolgte Eigenthumsübergang hinterher und rückwärts entkräftet wird; es kehrt nicht sowohl das Eigenthum zurück, als es zeigt sich jetzt erst, dafs der Geber dasselbe nie verloren hat.«

Cui sufficiet autem hic in mentem revocare analogiam legum 6 § 3 C. de sec. nupt. (5, 9) et 8 § 1 C. eod., quas in medium protulimus § 9. Deinde autem mirum quod Iheringius in hac quaestione argumentatur[129]) ex verbis:

127) Arg. l. 10 § 6 D. de iure dot. (23, 3): »Si res in dotem datae fuerint, quamvis aestimatae, verum convenerit, ut aut aestimatio, aut res praestentur, si quidem fuerit adiectum: *utrum mulier velit*, ipsa eliget, utrum malit petere rem, aestimationemve; (verum si ita fuerit adiectum utrum maritus velit, ipsius erit electio; aut si nihil de electione adiiciatur, electionem habebit maritus, utrum malit res offerre, an pretium earum. Nam et quum illa, aut illa res promittitur, rei electio est, utram praestet. Sed si res non exstet, aestimationem omnimodo maritus praestabit).« Adde l. 11 D. de fundo dot. (23, 5): »Quodsi fundus in dotem aestimatus datus sit, ut electio esset mulieris, negavit, alienari fundum posse; quodsi arbitrio mariti sit, contra esse.« L. 1 C. de fundo dot. (5, 23): »Si aestimata praedia data essent in dotem, et convenisset, ut electio mulieri servetur, nihilominus lex Iulia locum habet. Est autem alienatio omnis actus, per quem dominium transfertur.«

128) Ihering. l. c. pag. 126.

129) Ihering. l. c. pag. 129.

»volumus eam in rem actionem *quasi* in rebus propriis habere«;

quoniam satis notum est, verbum »quasi« in fontibus sexcenties significare veritatem aeque ac nostrum »als«[130]). Nec magis probandum, quod Iheringius dicit[131]), vindicationem demus *utilem* necesse esse, ad conciliandam legem 54 D. de iure dot. (23, 3), sumptam ex Gaii libro ad Edictum Praetoris urbani titulo de praediatoribus:

»Res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur«,

cum l. 12 C. de iure dot. (5, 12):

»Ex pecunia dotali fundus a marito tuo comparatus, *non tibi quaeritur,* quum neque maritus uxori actionem emti possit acquirere: at dotis tantum actio tibi competit.«

Non reticere volumus, diversis temporibus alios aliter ambas leges conciliare studuisse. Fuerunt qui dixerint, casum a Gaio cogitari eum quo maritus uxoris nomine uxoreque consentiente res pecunia dotali emerit[132]). Cuiacius[133]) autem Graecorum interpretum sententiam secutus

130) Unum solum exemplum Windscheidius affert (die actio pag. 218 not. 7), citans l. 5 § 4 D. de lib. leg. (34, 3). Adde l. 3 § 7 D. uti poss. (43, 17); l. 78 pr. D. de iure dot. (23, 3); l. 1 § 6 D. de eo qui pro tut. (27, 5); l. 65 D. de procur. (3, 3); l. 6 D. solut. matr. (24, 3); l. 9 § ult. D. de reb. cred. (12, 1); l. 7 § 1 D. de susp. tutor. (26, 10). Brissonius de verb. signif. citat etiam Ioannem 1 v. 14: »vidimus gloriam *quasi* unigeniti a patre.« Vide quoque quid Erxlebenius (condictiones II § 6 n. 32 pag. 93) admoneat de significatione: »*quasi* re non secuta.«

131) Ihering. l. c. not. 16 pag. 131.

132) Sic Accursius. Item Ant. Faber Coniect. l. V cap. 9.

133) Cuiacius Observationes lib. V cap. 29. — Si vero ita res se haberet, ut Cuiacius vult, mulieris dominium penderet e fortuito quodam

est, ut nonnisi marito non existente solvendo, res ex pecunia dotali comparata pro dotali habeatur, quae opinio fuit Thalelaei; et inprimis eo argumento nititur, quod lex illa sumta sit ex Gaii titulo de praediatoribus. Quam sententiam Glueckius[134]) quoque laudat ideoque mulieri vindicationem dat utilem, quasi res a marito ex pecunia dotali suo ipso nomine comparatas ipsa in dotem intulisset, eamque vindicationem utilem contra praediatores putat fuisse adhibendam, id est contra eos qui res civitati pignori obligatas in publicatione sibi emant. Id autem non tam interpretari, quam corrumpere leges esse, Gesterdingius[135]) merito dicit, quum lex Gaii generaliter loquatur. Ipse autem[136]) non probat sententiam eorum, qui ad has ambas leges conciliandas dicunt, mulierem non dominam fieri rerum, quas maritus dotali pecunia emerit, sed habere actionem in personam contra virum, ut reddat res quasi dotales; sed legem Codicis victricem declarat contra legem Gaii, ita ut mulier nec domina fiat neque actionem habeat in personam contra maritum eiusque heredes, ut res pecunia dotali emtae sibi reddantur! Insuper Gesterdingius, quum inveniat, in hac quaestione Ulpianum[137]) sentire cum Gaio, simul in Ulpianum quasi pessimum philosophum et

---

eventu, mulierque, prout viri conditio esset, domina esset aut non esset. Accedit quod summa esset iniuria adversus viri creditores in concursu, quibus res detraherentur, quas is sua pecunia emerat quaeque optimo iure in eius dominium transierant.

[134]) Glueck Comment. tom. VIII pag. 184.

[135]) Gesterding Lehre vom Eigenthum § 40 pag. 303.

[136]) Gesterding. l. c. pag. 306.

[137]) V. l. 22 § 13 D. solut. matrim. (24, 3).

scriptorem temere invectus est[138]). Dissensio illa, quae Gesterdingio indissolubilis videbatur, quamque alii non satis solverunt, facile solvitur. Immo nulla, si quaeris, dissensio adest quae amoveatur, nulla difficultas quae tollatur: Nempe omnino rerum dotalium durante matrimonio dominium apud maritum remanet, et ita emtae quoque res quae dotales habentur, non in mulieris sed in mariti dominio sunt; et quum Gaii et Ulpiani tempore ne matrimonio quidem soluto dominium ad mulierem revocaretur, reivindicatione a *Iustiniano* demum introducta, apparet, eo tempore quo ambae illae leges scriptae sunt, etiam propter res dotales mulierem dotis tantum actione uti potuisse. Itaque altera lex alteri non solum non contradicit, sed ambae optime concordant[139]).

Ex eo quod iam diximus apparet, cum Loehrio[140]) nos consentire non posse, quum contendat, Iustinianum eo ipso, quod mulieri hypothecam in rebus dotalibus, si exstent, concedit, denegare ei dominium; nec magis cum Loehrio consentimus, quum addat: reivindicationem utilem

---

138) Gesterding. l. c. pag. 307. Ulpianus quidem defensione non indiget; tamen unum hic dictum in eius honorem commemorare liceat, quod a Rudorffo nuper audivimus: »Mit welcher Gediegenheit ist bei Ulpian Alles in einander gefugt, mit welcher Classicität ist es geschrieben! — Der gebildete Ulpian steht über Gaius, einem Provinzialjuristen, der zwar Gründlichkeit und Ehrlichkeit, aber auch Weitschweifigkeit und eine gewisse Patavinität wie Livius hat. Ulpian steht grofsartiger, unbefangener da.«

139) V. Donellus Comment. lib. V cap. 2. — Cocceji iur. civil. controv. lib. XXIII tit. 3 quaest. 7. — v. Loehr Magazin für Philosophie des Rechts tom. IV pag. 76 sqq.

140) v. Loehr. l. c. pag. 74.

hic esse scilicet eam, qua quisque creditor pignoraticius uti potest utiliter ex persona debitoris pignoraticii. Nos contra, qui vindicationem directam statuimus, minime quidem probamus distinctionem inter dominium naturale sive dormiens et civile, cuius caussa fuit l. 30 cit. Cod. de iure dot. (5, 12)[141]). Non magis autem nobis ea placent quae ad hanc legem Imperatorem reprehendens notat de Loehrius[142]): »Wer den Verschönerungen und Rechtfertigungen Justinian's, besonders wo er ein böses Gewissen hat, so viel Gewicht beilegen will, dafs dadurch in der Compilation festbegründete, in der Verordnung selbst von ihm vorausgesetzte Grundsätze aufgehoben, der ganze Geist einer, von ihm *nicht* geänderten Lehre verändert, und sich selbst widersprechende Grundsätze eingeführt werden; der wird in gar vielen Fällen nicht zu richtigen, wohl aber zu den verkehrtesten Resultaten kommen.« Verum quod Iustinianus dicit in lege 30 de reiveritate a legum subtilitate abhorrente minime habet legis vigorem[143]), sed tamen

141) V. v. Loehr l. c. — Puchta Pand. § 416 not. *g*.

142) v. Loehr. l. c. pag. 75.

143) Ad legem 30 interpretandam afferri potest id quod Iheringius dicit exemplo usus fictionis legis Corneliae et legis Zenonis de contractu emphyteuticario. Ihering Geist des röm. Rechts Theil 2 Abtheilung 2 pag. 399: »Der Gesetzgeber soll nicht construiren; er greift damit in die Sphäre der Wissenschaft, entkleidet sich seiner Autorität und Macht als Gesetzgeber und stellt sich mit dem Juristen auf eine Linie.... Seine Theorie kann also jederzeit durch die Jurisprudenz berichtigt werden.« Adde notam 515 pag. 399: »Diese Vermischung der Wissenschaft und Gesetzgebung hat nicht blofs für die moderne Bearbeitung des röm. Rechts in reichem Maafse nachtheilige Folgen nach sich gezogen, indem die Wissenschaft bei rein *wissenschaftlichen* Fragen sich durch die

nec temere nec sine ratione dictum est, ut iam supra videmur nobis demonstrasse.

Denique verba: »*si tamen exstant*« quis putet redundare, quia nempe res extinctae non omnimodo possunt vindicari[144]), sed hoc significat si exstent quasi *dotales*, hoc est si non sint iure alienatae[145]) in qua specie distinguitur ex l. 10 § 6 D. de jure dot. (23, 3) et ex l. 1 C. de fundo dot. (5, 23), utrum aestimatione rerum dotalium facta electio sit mulieris an vero mariti.

Itaque nec concedi potest, quod Iheringio[146]) videtur, manifestum esse ex verbis illis: scilicet vindicationem non contra tertios possessores vel singulares mariti successores exerceri posse; Vindicantur enim directo tam res apud maritum existentes soluto matrimonio, dominio scilicet re-

---

Autorität Justinians hat einschüchtern lassen, sondern das Beispiel des Schulmeisters auf dem Thron oder Gesetzgebers auf dem Katheder, das Justinian gegeben, hat auch in neueren Gesetzgebungen nur zu willige Nachfolge gefunden. Die Wissenschaft soll dem Kaiser lassen, was des Kaisers ist, aber letzterer auch der Wissenschaft, was der Wissenschaft ist.«

144) Giphanius l. c. pag. 407.

145) Arndts Pand. § 411 not. pag. 648: »Der Rückfall des Eigenthums geschieht ex nunc, nicht ex tunc; sonst würde das Gesetz die Veräußerung aller Dotalsachen, selbst der ästimirten, dem Manne entzogen haben; was um so weniger anzunehmen ist, da Justinian erst später noch das Verbot der Veräußerung von Dotalgrundstücken besonders bestätigt und erweitert hat in l. unic. § 15 C. de rei ux. act. (5, 13). Hoc loco Arndtius, aeque ac Puchta § 142 not. *f*, verbis legis 6 in fine C. de secundis nuptiis: »si non fuerint alienatae vel consumtae vel suppositae« utitur ad verba, »si tamen exstant« explicanda; ambos igitur casus aequiparant.

146) Ihering. l. c. pag. 164, 165.

vocato, ut vulgo dicitur *ex nunc;* quam res quae alienari valide non poterant, adeo ut etiam durante matrimonio ab ipso marito[147]) vindicari possint.

§ 11.

In casibus iuris Romani, quibus ius hypothecarium et vindicatio concurrunt[148]), vindicatio maioris etiam momenti iure communi est, quum hodie creditor quoque hypothecarius concursui se immiscere (»sich einzulassen«) adstringatur. Non ita iure Romano, quo creditores hypothecarios a ceteris creditoribus separatos fuisse constat[149]). Quod autem ad ius commune attinet, quo concursus iudicium universale[150]) est, procul dubio par est conditio omnium creditorum, ita ut creditores hypothecarii[151]) non habeant

147) V. Arndts Pand. § 402 not. 4.

148) V. supra § 2 et § 10.

149) L. 10 C. de reb. auct. (7, 72).

150) V. inter alios Heffter »Instit. des röm. und deutschen Civilpr.« 1825 pag. 573 sqq.

151) Ambiguum erat inter doctos viros, utrum iure communi creditores sub pignore (»Faustpfandgläubiger«) concursui se immiscere cogerentur. V. Goennerum (Handbuch des deutschen gem. Processes tom. IV pag. 518 sqq.), qui secundum legem 5 § 1 D. de pign. (20, 1) censet, »inter pignus et hypothecam tantum nominis sonum differre.« Ordo iudiciarius tamen Borussicus (Allgem. Gerichtsordnung für die Preufs. Staaten pars I tit. 50 § 377) concedebat creditoribus sub pignore ius separationis. Confer nunc § 31—33 Concursordnung v. 8. Mai 1855 Gesetzsammlung pag. 317. Schweppius quidem (System des Concurses § 47 pag. 87 ed. III) dicit: »Die Sistirung der Hypotheken leidet als nicht streng juristisch keine analogische Ausdehnung auf Faustpfandgläubiger . . . es ist kein allgemeiner Gerichtsgebrauch für die Einlieferung entschieden, doch sind dafür manche, besonders neuere Schriftsteller: Leyser, Claproth, Goenner.« Scriptoribus a Schweppio citatis adde Baierum qui (Concursprocefs § 28) cum Goennero aliis consentit.

ius separandi. Hic quidem Baieri[152]) verba afferre liceat: »Nach röm. Recht brauchten sich die Pfandgläubiger nicht auf den Concurs einzulassen, sondern sie konnten durch Intervention entweder ihre Befriedigung oder die Herausgabe der ihnen verpfändeten Objecte noch während der possessio bonorum von den mittirten Gläubigern oder von dem curator bonorum fordern; Jetzt müssen sich auch die *Pfandgläubiger* an die übrigen Creditoren anschliefsen; sind gleich diesen, zur Beobachtung aller Termine und Formen des Verfahrens verbunden und erhalten ihre Befriedigung erst dann, wenn es überhaupt zur Distribution der Masse kommt.« Cuius dissensionis a iure Romano[153]) ratio inprimis quaerenda est in utilitate, de qua Gönnerus[154]) eleganter locutus est.

---

152) v. Bayer Concursprocefs § 18 nr. III pag. 54 ed. I. V. quoque Schweppe System des Concurses § 47 pag. 85 et 86.

153) Notum est, concursum Romanum mutatum esse primum in Italia, Hispania et Francogallia, postea autem in Germania, et hic quidem in fine saeculi XVI. V. Schweppe l. c. § 5. De concursu communi liber primus exstat a senatore Hispanico Salgadone de Somoza, nomine »labyrinthus creditorum concurrentium, opus sane utilissimum, non minus pulchrum«. Nescimus qua ex caussa Schweppius (l. c. § 8 pag. 15 ed. III) librum illum Salgadonis in principium saeculi XVI referat; dicit enim Salgado ipse in fine tertiae ultimaeque partis operis sui: »Finem apponimus huic Labyrintho creditorum felicissima die 1. Ianuarii, anni Domini 1645 ad eius et sacratissimae Virginis Mariae honorem et sempiternam gloriam.«

154) Goenner. l. c. pag. 500: »Die verpfändete Sache hatte doch meist einen höhern Werth als die Forderung; nun bekamen die chiroqraph. Gläubiger so viel Händel, als Pfandgläubiger waren, um von jedem den Rest zu erhalten, der nach bezahlter Schuld am Kaufpreis der verpfändeten Sache übrig blieb.« V. quoque Schweppe l. c. § 3a nr. 4 pag. 7.

Quum igitur iure communi vindicantium[155]) conditio longe alia sit quam creditorum sub pignore, non certo scimus, an eandem diversitatem inter creditores sub pignore et eos statuamus, qui vindicatione tantum *utili* experiantur, qui igitur, ut demonstrasse speramus, actionem duntaxat in personam habent, non vero ex jure dominii natam. Videtur autem omnium fere consensu reivindicatio utilis directae aequiparari etiam quoad ius separationis[156]) ea scilicet ratione, quod vind. utilis in omnibus imitetur directam.

---

155) Vindicantes enim, licet cogantur iudicium concursus adire, ut res ad se pertinentes separentur a massa communi, tamen minime sunt ex numero creditorum, ut eleganter dicit Goennerus l. c. pag. 517: »Eigenthumsklagen können, obgleich der Vindicant und andere Separatisten *sich nicht eigentlich in den Concurs einlassen,* als Ansprüche auf das Vermögen nicht aufser Betrachtung bleiben, (und den Vindicanten steht, wie allen Gläubigern, die Präclusion entgegen, wenn sie im Liquidationstermin ihren Anspruch nicht geltend machen).« Quod autem coguntur vindicantes, ius suum denuntiare apud iudicem concursus, utilitatis caussa introductum demonstrat Salgado de Somoza l. c. pars I cap. XI nr. 195: »Si enim haec caussa dominii alibi et seorsum tractari permitteretur, facile foret debitori cum eo, qui se dominum rei dicit, colludere, et suos creditores fraudare, et fingendo istum, et alios dominos, seu etiam creditores pati se ab illis vinci, et superari, ut nihil ex suis bonis veri creditores consequantur.«

156) Sic dicit Schweppius l. c. § 44 B pag. 81: »Vindicationsfälle entstehen mit Rücksicht auf eine concurrirende Obligation: (nr. 2) wenn eigentlich nur eine Forderung zu Grunde liegt, dieselbe aber ausnahmsweise mit einer in rem actio verstärkt ist, (nr. 3) wenn der Cridar als Vormund oder Procurator eines Soldaten mit dem Gelde des Pfleglings oder Principals Sachen erwarb, (nr. 9 pag. 82) wenn zwar die Erlöschung des Eigenthums des Cridars nur ex nunc geschieht, der Rückerwerber aber ausnahmsweise das Recht einer in rem actio hat. L. 1 C. de donat. quae sub mod. (8, 55).« Schweppii sententia probatur a

Nobis autem dubitatio quidem ex eo occurrit, quod concursu exorto creditores succedunt in ius debitoris et ius vindicandi praecise datum videtur *in personam debitoris,* deinde autem quod qui habent debitorem duntaxat obligatum actione personali, *creditores* sunt chirographarii ideoque magnopere distant a separantibus, quum ius separationis tribuatur iis, qui non habent debitorem obligatum sed actionem realem movent intuitu dominii[157]). Tamen ratio illa dubitandi non tam efficax est, ut a communi opinione discedamus, quae ipso legum tenore defendi potest, scilicet quod hoc ius vindicandi in l. 5 § 3 D. de reiv. (6, 1), in l. 15 C. de don. a. nupt. (5, 3) et in l. 55 D. de donat. inter vir. et ux. (24, 1) introducitur sub nomine actionis in rem, itaque significatur actio ad ipsam rem persequendam. Quamquam negari non potest, hac sententia actioni duntaxat personali maiorem vim tribui quam vero iuri in re, quatenus iure communi creditores hypothecarii non possunt res sibi obligatas separatim persequi. Iheringius[158]) quidem praecipue in concursu magni habet reiv. utilem, quum l. 24 § 2 in fine D. de reb. auct. (42, 5), id est verba: »futurum eum qui vindicat ante privilegia«

Baiero l. c. pag. 167. Schweppius addit § 46 pag. 84: »Vindicanten zum Zweck der blofsen Befriedigung aus der Sache, wobei stets der Fall einer concurrirenden Obligation vorhanden ist, sind der Ehegatte, welcher dem Anderen schenkte, in Rücksicht des von diesem damit gemachten Erwerbs, l. 55 D. de don. inter vir. et ux. (24, 1), und die Ehefrau in Rücksicht dessen, was der Mann mit Dotalgeldern erwarb, l. 22 § 13 D. solut. matrim. (24, 3), sowie in Rücksicht der vom Manne noch unbezahlten ästimirten Dotalsachen. L. 30 C. de iure dot. (5, 12).

157) V. § 8 not. 112.

158) Ihering. l. c. pag. 170.

ad vind. utilem referre non dubitet. Denique hoc loco non praetermittendum, quod olim peculiare privilegium erat actionis arbitrariae, iuramentum scilicet in litem, ordine processus mutato hodie evanuit, adeo ut omnino nihil proficeret reiv. utilis concurrens cum condictione et actione hypothecaria, nisi statuamus, ius separationis concedi in concursu etiam non domino, quatenus reiv. utili se defendere potest.

§ 12.

Hoc de concursu. Relinquitur ut dictum quoddam in medium proferamus, quod in pandectarum scholis apud Vangerowium audivimus, scilicet in vindicatione utili *militis* (§ 1), *pupilli* (§ 2) et *uxoris cui donatum* est (§ 8), regulam illam cessare: *surrogatum non sapit natura eius in cuius locum surrogatum est,* vel: pretium non succedit in locum rei et vice versa, quum in his tribus casibus possessor surrogati conveniatur. Ad hoc respondendum: hic surrogatum non ex ea caussa, quod surrogatum est, vindicatur, sed ex *specialibus caussis*; primum enim, si quis militis pecunia negotia gerens res emit (§ 1); deinde si quis negotia gerens vel bona pupilli administrans eas res comparavit (§ 2); denique si vindicantur ab uxori res pecunia donata emtae, non quasi hic quaeratur an aliquid surrogatum sit in locum pecuniae, vel rei donatae, sed potius an qui alioquin solvendo non sit, tamen intelligi possit *locupletior* factus contemplatione donatoris: et re vera intelligitur locupletior quatenus res pecunia donata comparata exstat (§ 8).

Denique singulas theses adiungamus ab Iheringio de

reiv. utili formatas, quae ex iam dictis et per discursum huius dissertationis patere nobis videntur.

a) »Die reiv. utilis ist eine auf Uebertragung des Eigenthums gerichtete Klage.« (Ihering l. c. pag. 158).

b) »Sie ist nur gegen den zur Eigenthumsübertragung verpflichteten Eigenthümer gerichtet.« (Ih. pag. 161).

c) »Sie bezweckt nur die Verstärkung oder Steigerung einer persönlichen Klage.« (Ih. pag. 168).

d) »Sie ist eine auf die einzelnen gesetzlichen Fälle beschränkte privilegirte Form der Geltendmachung eines obligatorischen Anspruchs.« (Ih. pag. 175).

Reiicimus contra unam thesim, quae ita: »Die reiv. util. ist auf die Eigenthumsübertragung entweder schlechthin oder nur eventuell gerichtet.« (Ih. pag. 160 sqq.).

Iheringius quidem functionem quam vocat eventualem statuit in reiv. utili prioris domini tabulae (§ 4), prioris domini arboris (§ 3), in donationibus inter virum et uxorem revocandis (§ 8) atque in rebus dotalibus venditionis caussa aestimatis et rebus ex pecunia dotali comparatis (§ 10). — Nos autem regulam statuimus generalem: reiv. utilem actionem esse ad rem ipsam persequendam, (»directe Function«). Solo pictoris privilegio commoti sumus, ut ei facultatem concedamus, utrum pretium tabulae exsolvat an tabulam ipsam reddat offerenti pretium picturae. In ceteris caussis nullo modo ex legibus probari potest, quod hic pecunia in solutione sit; immo quae caussa illius distinctionis fuerit facile detegitur, quod scilicet Iheringius verebatur, ne donator revocando donationem amplius reciperet, quam quatenus pauperior factus erat; quo casu autem omnino non cogitur donatarius pretium rerum do-

natarum exsolvere, sed simpliciter potest repellere agentem doli exceptione, si is non offert quantum plus est in pretio rerum quas vindicat[159]). Quod deinde Iheringius de dote dicit, pariter reiiciendum est, quum, ut iam diximus, res *venditionis* caussae aestimatae desierint dotales esse, ceteroquin autem nihil interest secundum legum tenorem, utrum res initio fuerint dotales an postea demum dotis caussa comparatae. Quod autem ad arborem vindicandam attinet, Iheringius ipse l. c. pag, 141 concedit, l. 5 § 3 de reiv. (6, 1) sententiae suae ansam non praebere.

Tamen quamquam cum Iheringio non in omnibus consentiamus, confitemur, eum naturam et veram indolem reivindicationis utilis in plerisque recte perspexisse.

159) V. supra § 8.

VITA.

Natus sum Ioannes Fastenrath Remscheidii prope Coloniam Agrippinam, tertio die mensis Maii 1839, patre Ioanne Fastenratho, matre Rosalia e gente Huerxthaliensi. Fidei evangelicae addictus sum. Octavum annum agens, Coloniam Agrippinam, ubi parentes domicilium constituebant, profectus sum, quo valetudo mea adhuc imbecillis confirmaretur. Semper pio gratoque animo colam viros, qui ibi me induebant literarum elementis, quorum numero optime de me meritus Kuehnius praeceptor, deinde in gymnasio Knebelius, Grashofius, Hossius, Pfarrius. Postquam examen pro testimonio maturitatis obtinendo superavi exeunte anno 1856, ad universitatem Bonnensem me contuli, ubi Bluhmii, Dahlmanni, Walteri aliorum scholis frui mihi licebat. Sequenti anno ad universitatem Heidelbergensem migravi, ut Vangerowium audirem. Quartum deinde semestre Monachii moratus sum, atque interfui scholis Bluntschlii, Windscheidii aliorum. Deinde patriam reliqui, et Lutetiae professores omnium ordinum, inprimis autem iurisprudentiae, Labulaium alios audivi. Mox autem desiderio patriae Germaniae eiusque professorum celeberrimorum cxarsus, hanc almam literarum sedem quaesivi, ibique totum annum iurisprudentiae studio me dedi, quae mihi magis magisque amicior fiebat Beseleri, de Danielsii, Gneistii, de Kelleri, Richteri, Rudorffi, Stahlii scholis, quibus viris illustrissimis me plurimum debere et gaudeo et profiteor.

THESES.

1. Contractus aestimatorius iure communi re contrahitur, quoties res aestimata vendenda datur.
2. Rigorem iurisdictionis militaris contra seditiosos exercendae (Standrecht) mitigandum et nonnisi lege promulgata admittendum esse.
3. *Μονοπώλιον* advocatorum abrogandum.
4. Ecclesia universa rerum ecclesiasticarum domina est.
5. Executor testamenti nec intelligi potest mandatarius nec fungitur munere tutoris.
6. § 128 part. I tit. 11 iuris civilis Borussici nonnisi ad obligationem venditoris referendam esse.